ПК
5
Т78
Труды
Юридического
общества
СПб ун-т.
-2-
СПб, 1911.

ПК
5
Т78

ТРУДЫ
ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества
М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

Предс. Админ. Отд. **В. Д. Кузьмина-Караваева** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова.**

Томъ II

(Второе полугодіе 1909 г.)

2145/3.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. остр., 5 лин., 28
1911

ПК
5
Т78

52869

ТРУДЫ

ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества
М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ
Предс. Админ. Отд. **В. Д. Кузьмина-Караваева** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова.**

Томъ II

(Второе полугодіе 1909 г.)

2145/3

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. остр., 5 лин., 28
1911

Обм. 24956

4166

Госучреждение, публичная историческая библиотека РСФСР
372005 м

ОГЛАВЛЕНІЕ.

стр.

1. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 16 октября 1909 г. 1
Докладъ **С. А. Бѣляцкина:** „*Наслѣдникъ и легатарій*“ 1
Пренія по докладу 19
2. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 16 ноября 1909 г. 26
Докладъ **А. А. Пиленко:** „*Замѣчанія на принятый Государственною Думою законопроектъ объ авторскомъ правѣ*“ 26
Пренія по докладу 31
3. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 27 ноября 1909 г. 36
Докладъ **К. К. Черносвитова:** „*Нововведенія въ гражданскомъ процессѣ по законопроекту о мѣстномъ судѣ*“. 37
Пренія по докладу 48
4. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 11 декабря 1909 г. 53
Продолженіе преній по докладу **К. К. Черносвитова**, заслушанному въ засѣданіи 27 ноября 1909 г. 54
5. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 24 октября 1909 г. 66
Сообщеніе **П. И. Люблинскаго:** „*Новѣйшій проектъ реформы уголовнаго процесса въ Германіи*“ 66
Докладъ **Р. Л. Вейсмана:** „*Воздухоплаваніе въ его отношеніи къ праву вообще и къ уголовному праву въ особенности*“. . . . 90
6. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 11 ноября 1909 г. . 123
Докладъ **О. О. Грузенберга:** „О свободѣ судебнаго слова“. . . . 123
Пренія по докладу 138
7. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 3 декабря 1909 г. . 149
Докладъ **В. Д. Набокова:** „*Дуэль и уголовный законъ*“ 149
Пренія по докладу 180
8. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 8 декабря 1909 г. . 187
Продолженіе преній по докладу **В. Д. Набокова**, заслушанному въ засѣданіи 3 декабря 1909 г. 188
9. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 20 октября 1909 г. 206
Докладъ **І. В. Гессена:** „*Конституціонное законодательство*“ . . 207
Пренія по докладу 224

стр.

10. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 3 ноября 1909 г. 227
Докладъ **П. П. Гронскаго:** *„Совѣтъ старѣйшинъ“* 227
Пренія по докладу 246
11. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 9 декабря 1909 г. 249
Докладъ **Я. М. Магазинера:** *„Восемьдесятъ седьмая статья“*. . . 249
Пренія по докладу 380
12. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 16 декабря 1909 г. 384
Докладъ **Ѳ. Е. Врублевскаго:** *„О правительственномъ проектѣ введенія земскихъ учрежденій въ Западномъ краѣ“* 385
Пренія по докладу 421
13. Протоколъ соединеннаго засѣданія общаго собранія юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ 20 ноября 1909 г. 424
Докладъ **І. В. Гессена:** *„Объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ“* 425
Докладъ **М. П. Чубинскаго:** *„Объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ“* 437
Докладъ **Г. Б. Сліозберга:** *„Объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ“* 446
Пренія по докладамъ 448
14. Протоколъ соединеннаго засѣданія общаго собранія юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ 21 ноября 1909 г. 453
Продолженіе преній по докладамъ **І. В. Гессена, М. П. Чубинскаго и Г. Б. Сліозберга**, заслушаннымъ въ засѣданіи 20 ноября 1909 г. 453

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

16 октября 1909 года.

Засѣданіе открылось въ $8^3/_4$ час. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества, *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *С. А. Бѣляцкина*: „Наслѣдникъ и легатарій (по поводу новѣйшихъ разъясненій Правительствующаго Сената)".

Передъ началомъ занятій, собраніе, по предложенію предсѣдателя почтило вставаніемъ память скончавшагося почетнаго члена Эдуарда Яковлевича Фукса, состоявшаго въ теченіе ряда лѣтъ предсѣдателемъ юридическаго общества.

Затѣмъ слово было предоставлено докладчику *С. А. Бѣляцкину*, прочитавшему слѣдующій докладъ:

11-го марта текущаго года правительствующій сенатъ, по гражданскому кассаціонному департаменту, постановилъ весьма важное, принципіальное рѣшеніе, которое должно имѣть громадное значеніе для нашей цивильной практики. Сенатъ разъяснилъ, что назначеніе въ духовномъ завѣщаніи отдѣльныхъ выдачъ въ пользу даннаго лица не тождественно съ универсальнымъ правопреемствомъ и что нашъ законъ знаетъ легатъ, какъ самостоятельный институтъ.

Въ теченіе долгаго времени держалось у насъ крѣпко убѣжденіе, что русскіе гражданскіе законы не дѣлаютъ различія между наслѣдникомъ по завѣщанію и легатаріемъ, что легатарій— такой же участникъ въ наслѣдствѣ, какъ и прямой наслѣдникъ. Необходимо ли было расплачиваться по обязательствамъ наслѣдодателя, — на совершенно одинаковыхъ основаніяхъ призывались наслѣдники и легатаріи. Нужно ли было предъявить искъ въ

судѣ о признаніи недѣйствительнымъ духовнаго завѣщанія,—въ качествѣ отвѣтчиковъ должны были фигурировать какъ всѣ наслѣдники по завѣщанію, такъ и всѣ легатаріи, при чемъ пропускъ въ исковомъ прошеніи хотя бы одного какого-либо легатарія могъ влечь за собой отказъ въ искѣ, какъ предъявленномъ не къ надлежащему отвѣтчику. Пусть, напримѣръ, милліонное наслѣдство оставлено сыну покойнаго, но въ завѣщаніи сказано, что пара сотенъ рублей должна быть выдана доктору въ благодарность за добросовѣстный уходъ за наслѣдодателемъ передъ смертью послѣдняго: и сынъ и докторъ одинаково считались „наслѣдниками", въ соотвѣтствующихъ доляхъ принимающими права и обязанности. Такъ смотрѣла на дѣло наша практика, такъ неизмѣнно толковалъ сенатъ. Родственники, близкіе и дальніе, крестники, часто не называемые поименно, благотворительныя учрежденія, университеты, которымъ оставляются деньги для учрежденія стипендій и пр., и пр., и пр.,—всѣ эти лица, упоминаемыя въ мало-мальски значительномъ завѣщаніи, по нашей недавней практикѣ, входятъ въ кругъ наслѣдниковъ по завѣщанію. Если бы покойный, оставившій завѣщаніе, вдругъ всталъ изъ гроба и поинтересовался, какъ поняли на землѣ его послѣднюю волю, то онъ, вѣроятно, пришелъ бы въ изумленіе, узнавъ, что, какъ наслѣдники его, трактуются въ равной мѣрѣ и племянница, которой завѣщано свыше 100 тысячъ рублей, и слуга, которому племянница должна выдать послѣ смерти завѣщателя 50 р. [1]). Что наслѣдникъ и легатарій—одинаковые участники въ наслѣдствѣ — взглядъ этотъ, опровергаемый нынѣ рѣшеніемъ сената, держался въ нашей практикѣ именно благодаря прежнимъ разъясненіямъ нашего высшаго кассаціоннаго суда. Сенатъ, который нынѣ заявляетъ, что „возложеніемъ на наслѣдника обязанности производить третьему лицу выдачу извѣстной суммы денегъ, какъ бы заключенъ договоръ между завѣщателемъ и наслѣдникомъ въ пользу третьяго лица", и конструируетъ такимъ образомъ права этихъ третьихъ лицъ — легатаріевъ, какъ права требованія къ наслѣднику, въ прежнихъ рѣшеніяхъ отвер-

[1]) См. случай, приводимый г. Змирловымъ, О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ, Журн. Гр. и Уг. Права 1883 г., кн. 10, стр. 56, когда нѣкто Алонзій З., умирая, отказалъ по духовному завѣщанію въ пользу племянницы своей жены все свое движимое имущество, въ томъ числѣ капиталъ на сумму 142 тысячи р., причемъ обязалъ племянницу выдать лакею Андрею 50 р. и повару Игнатію 75 р.: здѣсь были „три наслѣдника!"

галъ всякихъ „третьихъ лицъ“ по завѣщанію, признавая только наслѣдодателя и наслѣдника. Попытки низшихъ судебныхъ мѣстъ отграничить отказополучателя отъ главнаго наслѣдника, попытки, вызываемыя нерѣдко насущными потребностями жизни, рѣшительно устранялись сенатомъ, который еще въ 1874 г. (рѣш. № 596) разъяснилъ, что въ нашемъ законѣ „вовсе не заключается такого правила, чтобы лица, въ пользу которыхъ завѣщатель обязалъ своихъ наслѣдниковъ денежными выдачами, ни въ какомъ случаѣ не могли считаться наслѣдникомъ по завѣщанію“. Въ 1875 г. (рѣш. № 923) сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе судебной палаты по той причинѣ, что палата нашла подлежащимъ принятію къ производству исковое прошеніе, несмотря на то, что истецъ, предъявляя споръ о недѣйствительности завѣщанія, не указалъ въ качествѣ отвѣтчиковъ нѣкоторыхъ отказопринимателей. Въ 1877 г. (рѣш. № 373) разъяснено, что супругъ, получающій часть изъ имѣнія другого умершаго супруга въ пожизненное владѣніе, отвѣтственепъ за личные долги наслѣдодателя соразмѣрно отношенію цѣнности права пожизненнаго владѣнія къ стоимости всего оставшагося послѣ смерти умершаго собственника имущества. Въ 1879 г. (рѣш. № 294), по поводу отвѣтственности за долги наслѣдодателя лица, которому оставленъ денежный капиталъ, сенатъ вновь подтвердилъ, хотя и косвенно, „неимѣніе въ законахъ различія между наслѣдниками и легатаріями“. Не далѣе, какъ въ 1908 г. (рѣш. № 77, по дѣлу Полякова, недавно опубликованное), сенатъ призналъ, что въ нашихъ гражданскихъ законахъ нѣтъ постановленій „о легатахъ, какъ объ особомъ институтѣ завѣщательнаго права, свойственномъ римскому праву и тѣмъ иностраннымъ законодательствамъ, которыя восприняли римское право“, причемъ сенатъ лишній разъ указалъ, что лица, которымъ наслѣдникъ по завѣщанію обязанъ производить выдачи, должны быть разсматриваемы, какъ соучастники въ наслѣдствѣ, а не какъ кредиторы. Сенатскія рѣшенія, неизмѣнно стоявшія въ данномъ случаѣ на одной точкѣ зрѣнія, оказали свое вліяніе не только на суды и судебную практику. При начертаніи проекта наслѣдственнаго права составители гражданскаго уложенія также исходили изъ „послѣдовательно проводимаго сенатомъ воззрѣнія, что нашъ законъ не дѣлаетъ различія между наслѣдниками и легатаріями“ [1]). Въ проектѣ легатаріи совершенно сравнены съ

[1]) Гражданское уложеніе, кн. 4, наслѣдственное право, проектъ съ объясненіями, 1903 г., стр. 373, также 284.

наслѣдниками, что, какъ извѣстно, составляетъ отличительную особенность нашего проекта. Въ то время, какъ въ европейскихъ кодексахъ, въ томъ числѣ и новыхъ, легатаріямъ посвящены цѣлыя главы и подробно регламентированы ихъ права, въ текстѣ нашего проекта о легатаріяхъ—ни слова. Только мотивы въ разныхъ отдѣлахъ упоминаютъ о легатахъ, говорятъ о нихъ, какъ о ненужномъ остаткѣ римскаго права, изгнанномъ нашей практикой изъ обихода.

На чемъ покоилось державшееся до сихъ поръ мнѣніе, будто нашему законодательству чуждо принципіальное различіе между наслѣдниками и легатаріями? Ссылались прежде всего на историческія основанія, на то, что древне-русское завѣщаніе не устанавливало универсальнаго преемства, что цѣлью его было распредѣленіе между наслѣдниками отдѣльнаго, входившаго въ составъ наслѣдства, имущества [1]). Историческія основанія, сами по себѣ, конечно, не могутъ въ данномъ случаѣ имѣть рѣшающаго значенія: если древній человѣкъ, составляя завѣщаніе, лишь раздавалъ составныя части своего имущественнаго благосостоянія, не заботясь объ установленіи общаго преемства, то это не значитъ, что дѣло такъ обстоитъ и теперь. Но, что всего важнѣе, ссылка на исторію неправильна и по существу. Распредѣленіе отдѣльныхъ предметовъ между наслѣдниками, знакомое не только древне-русскому завѣщанію, но и новѣйшимъ завѣщаніямъ на Западѣ и у насъ, никогда не являлось единственной формой завѣщанія на Руси. При несложности и сосредоточенности въ одномъ мѣстѣ имуществъ завѣщатель имѣетъ возможность перечислить въ завѣщаніи все, что долженъ получить послѣ его смерти одинъ и другой. Какъ то можно вывести изъ смысла подобныхъ завѣщаній, они являются очень часто исключительно раздѣломъ имущества между законными наслѣдниками. Въ древности это былъ „рядъ“, который, въ сѣдую старину, въ пору господства на Руси родовыхъ началъ и принадлежности имущества цѣлой семьѣ представлялъ собой основанное на обычаѣ соглашеніе отца съ дѣтьми относительно дальнѣйшаго владѣнія въ семьѣ имуществомъ. Характерно, что и здѣсь отдѣльныя выдачи могли быть назначаемы постороннимъ лицамъ [2]).

---

[1]) Проектъ, стр. 378.

[2]) См. 105 ст. „Русской Правды“, карамзинскаго списка, въ которой самъ законъ-обычай опредѣляетъ такія выдачи: Аще кто умирая раздѣлитъ

Старый бытъ зналъ отказы въ пользу разныхъ лицъ, церквей и монастырей, на поминъ души, отпускъ холоповъ на волю путемъ завѣщанія и пр. [1]). „Предметы духовнаго завѣщанія,—указываетъ Неволинъ,—могли быть весьма разнообразны; назначеніе лицъ, къ которымъ должно поступить имущество завѣщателя, все или отчасти, и для того указаніе какъ требованій его противъ другихъ, такъ и долговъ его; назначеніе особенныхъ отказовъ въ пользу разныхъ лицъ, физическихъ и юридическихъ; распоряженіе о холопахъ, и въ особенности отпускъ ихъ на волю; наименованіе лицъ, которымъ поручается имѣть попеченіе о семействѣ завѣщателя; назначеніе вообще душеприказчиковъ“ [2]). Древне-русскому праву извѣстны были всѣ виды завѣщательныхъ распоряженій до легата и, такъ называемаго, на западѣ возложенія, — Auflage,—включительно. И это вполнѣ естественно: существующіе виды распоряженій на случай смерти не составляютъ особенности той или иной законодательной системы. Они вытекаютъ изъ существа завѣщанія, какъ свободнаго волеизъявленія лица относительно судьбы своего имущества и имущественныхъ правъ съ различными цѣлями. Умирающій можетъ желать: обезпеченія ближнихъ и установленія преемства имущественной личности (наслѣдники); одаренія тѣхъ или иныхъ лицъ, благотворительныхъ учрежденій по щедрости, изъ благодарности, или по эгоистическимъ соображеніямъ, какъ выдачи предметовъ и суммъ далекимъ родственникамъ, училищамъ, богадѣльнямъ, слугамъ за вѣрную службу, на поминъ души (летаргіи). Она можетъ имѣть въ виду созданіе въ лицѣ наслѣдника общей обязанности безъ предоставленія кому-либо третьему гражданскаго права, какъ обязанность поставить памятникъ на могилѣ наслѣдодателя, обязанность не заниматься какимъ-либо дѣломъ, не возбуждать тяжбъ про-

---

долп дѣтямъ своимъ, на томъ же стояти; паки ли безъ ряду умретъ, то всѣмъ дѣтемъ, а на самаго часть дати по души.

[1]) А кто старинпаго своего холопа или рабу отпуститъ на волю при себѣ, или по смерти его такихъ старинныхъ холопей по его приказу отпустятъ прикащики его: и впредь до тѣхъ людей дѣтямъ его и братіи и племянникамъ дѣла нѣтъ. Соборное уложеніе царя Алексѣя Михайловича гл. XX, ст. 53.

[2]) Неволинъ, т. 5-ый, „Исторія росс. гражданскихъ законовъ“, 1857 г., стр. 288. См. также Бѣляевъ, „Историческія основы современнаго русскаго завѣщанія“ Ж. М. Ю., 1903 г., № 6 стр. 72: „Жизнь съ давнихъ поръ выработала въ русскомъ завѣщательномъ правѣ явленія, напоминающія римскій легатъ“.

тивъ духовнаго завѣщанія (возложеніе). Знакомство съ образцами древнихъ завѣщаній и древними юридическими актами убѣждаетъ, что на Руси всѣ эти распоряженія, особенно легаты, составляли часто содержаніе тестаментовъ (слова и выраженія здѣсь, конечно, роли не играютъ). При изданіи свода законовъ въ него была введена статья „Завѣщатель можетъ обязывать своихъ наслѣдниковъ денежными выдачами въ томъ только случаѣ, когда дѣлаетъ распоряженіе о своемъ благопріобрѣтенномъ имѣніи; когда же онъ оставляетъ имѣніе родовое, то наслѣдники его вправѣ отозваться отъ исполненія сдѣланныхъ имъ по тому имѣнію распоряженій, соединенныхъ съ утратою изъ онаго большей или меньшей части [1]). Въ настоящее время ст. 1086 X т. 1 ч., въ первой части—„завѣщатель можетъ обязывать своихъ наслѣдниковъ, впрочемъ, лишь на время жизни ихъ, денежными выдачами, когда дѣлаетъ распоряженіе о своемъ благопріобрѣтенномъ имѣніи“—устанавливаетъ легатъ въ самомъ рудиментарномъ состояніи. Въ этомъ ничего удивительнаго нѣтъ для нашего несовершеннаго свода гражданскихъ законовъ, особенно если вспомнить, что о душеприказчикахъ, напр., въ томъ же сводѣ содержится только одна статья, даже одно слово (ст. 1084 — духовныя завѣщанія исполняются: душеприказчиками...). Практика, основываясь на этомъ „словѣ“, создала цѣлую систему правъ и обязанностей душеприказчиковъ, въ соотвѣтствіи съ потребностями жизни и теоріей права. Не было, казалось бы, препятствій къ тому, чтобы развить ученіе и о легатахъ, основываясь на скупыхъ постановленіяхъ дѣйствующаго закона. Едва ли возможно сомнѣваться, что, въ ст. 1086, X т. 1 ч. законодатель фиксировалъ только частный случай назначенія легата обязаніемъ наслѣдниковъ къ выдачѣ суммы денегъ, что законодатель вовсе не имѣлъ въ виду устранить тѣ случаи, когда завѣщатель предоставляетъ одаренному не сумму денегъ, а другой предметъ или право, и притомъ прямо изъ наслѣдственной массы, минуя посредство наслѣдника. Во всякомъ случаѣ утверждать, что институтъ легата, въ отличіе

[1]) Высочайшій указъ по дѣлу Лопухиной, 18 ноября 1839 г., предоставляя владѣльцу благопріобрѣтеннаго имѣнія располагать имъ свободно и неограниченно, указываетъ, что владѣлецъ можетъ дарить и завѣщать его по собственному произволу и имѣетъ даже право силою завѣщанія обязать избраннаго имъ наслѣдника, на время жизни его, къ исполненію нѣкоторыхъ по имуществу распоряженій, каковы, напримѣръ, денежныя выдачи и т. п.

отъ института назначенія наслѣдника, чуждъ русской исторіи, русскому правосознанію или праву, не приходится. Ссылаются иногда, какъ на препятствіе къ признанію у насъ легата, на постановленіе 533[9] ст. X т. 1 ч. Говорятъ: по этому закону получившій въ пожизненное владѣніе имѣніе по завѣщанію (стало быть легатарій) обязанъ уплачивать всѣ личные долги наслѣдодателя по соразмѣрности (стало быть, какъ наслѣдникъ). По мнѣнію г. Шершеневича, затрудненіе устраняется въ данномъ случаѣ тѣмъ соображеніемъ, что „пользовладѣніе можетъ относиться ко всему имуществу, а не только къ опредѣленной вещи“.

На это можно возразить, что пользовладѣніе всѣмъ наслѣдственнымъ имуществомъ есть также легатъ, а не наслѣдство. И если ссылка на 533[9] ст. X т. 1 ч. все же неубѣдительна, то это потому, что статья трактуетъ о пользовладѣніи супруга по завѣщанію въ *родовомъ* имуществѣ. Извѣстно, что легатарій, вообще говоря, не отвѣтственный за долги, обязанъ принять на себя эту отвѣтственность, если она установлена въ самомъ завѣщаніи. Это случается нерѣдко при назначеніи въ легатъ пользованія наслѣдственнымъ имуществомъ, связаннаго съ полученіемъ всѣхъ выгодъ и доходовъ. Въ родовыхъ имуществахъ иниціативу беретъ на себя законъ, который въ огражденіе интересовъ прямыхъ наслѣдниковъ привлекаетъ къ отвѣтственности пользовладѣльца—супруга, въ предположеніи, что супругъ получаетъ узуфруктъ, если не на все, то, быть можетъ, на главную часть имущества. Разъ для супруга дѣлается исключеніе изъ общихъ правилъ о незавѣщаемости родовыхъ имуществъ, то онъ долженъ, по крайней мѣрѣ, участвовать въ платежѣ долговъ... Такова, очевидно, ratio legis. О распространительномъ толкованіи такого спеціальнаго закона не должно быть и рѣчи.

Но существуютъ, быть можетъ, другія соображенія, соображенія высшей справедливости, не допускающія принципіальнаго разграниченія легатаріевъ и наслѣдниковъ? Идея современнаго наслѣдственнаго права — идея свободной воли завѣщателя въ области своихъ имущественныхъ отношеній, совершенно устранившая господствовавшій въ старомъ (римскомъ) завѣщательномъ правѣ формальные моменты. Всѣ постановленія современнаго завѣщательнаго права, по большей части, содержатъ въ себѣ, такъ сказать, интерпретаторныя нормы, имѣющія въ виду установленіе воли завѣщателя при отсутствіи прямыхъ указаній въ самомъ завѣщаніи. Если завѣщатель пожелалъ, чтобы данное лицо, не будучи его

наслѣдникомъ и не получая всего имущества или квоты, пріобрѣло только опредѣленную вещь или опредѣленное право, то закону и суду приходится съ этимъ считаться, не насилуя воли завѣщателя и не приписывая ему назначенія наслѣдниковъ тамъ, гдѣ ихъ на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Наши завѣщанія пестрятъ такими отдѣльными распоряженіями, когда завѣщатель, напримѣръ, назначая одного сына наслѣдникомъ, которому завѣщаетъ „все свое имущество", другимъ сыновьямъ, въ видѣ компенсаціи и для устраненія ссоръ, оставляетъ вещь, находящуюся въ наслѣдственномъ имуществѣ, въ имуществѣ самого наслѣдника или даже въ чужомъ имуществѣ, съ обязанностью пріобрѣсти эту вещь и передать легатарію. Оставляются суммы на публичныя цѣли, городскимъ общественнымъ управленіямъ, разнымъ учрежденіямъ, на разныя надобности, даже будущимъ изобрѣтателямъ общеполезныхъ вещей; оставляются предметы памяти, долговые документы, арендныя права, право на содержаніе, на алименты. Можно во всѣхъ этихъ случаяхъ считать, что мы имѣемъ дѣло съ наслѣдниками, обязанными уплачивать долги завѣщателя, а по нашему закону даже ultra vires hereditatis? Не заключается ли въ самомъ утвержденіи объ отсутствіи принципіальнаго различія между наслѣдниками и легатаріями нѣкоторая неискренность, закрываніе глазъ на внутреннюю суть институтовъ и на самыя обыденныя явленія жизни? Уже то, что завѣщатель оставляетъ данному лицу опредѣленную сумму денегъ или опредѣленную вещь, указываетъ на желаніе, чтобы эти деньги и вещь были получены „чистыми". Когда наслѣдодатель говоритъ: „завѣщаю Петру тысячу рублей" или „мои золотые часы" или „право проживать до конца дней въ моемъ домѣ", то, онъ, очевидно, полагаетъ, что Петру не будетъ необходимости дѣлать вычеты на уплату долговъ покойнаго изъ 1000 руб., часовъ или права проживать въ квартирѣ. Только въ томъ случаѣ, когда для разсчета съ кредиторами не хватило бы наслѣдственнаго имущества у наслѣдника, можно думать, что завѣщатель желалъ, чтобы легатаріи участвовали въ уплатѣ долга или ограничивались меньшимъ сравнительно съ назначеннымъ имъ въ завѣщаніи, а то и совсѣмъ устранились бы по общему правилу добросовѣстнаго гражданскаго оборота: сначала долгъ, потомъ даръ. Nemo liberalis, nisi liberatus. Говоря о безотвѣтственности легатаріевъ за долги, надо, стало быть, понимать эту безотвѣтственность такимъ образомъ, что легатарій не отвѣчаетъ, какъ наслѣдникъ, но отвѣчаетъ въ размѣрѣ полученнаго при невозможности для кредиторовъ

получить съ прямыхъ наслѣдниковъ, вѣрнѣе, отдаетъ въ этомъ случаѣ весь легатъ или часть его кредиторамъ. По общему правилу, права кредиторовъ наслѣдодателя имѣютъ преимущество передъ правами отказопринимателей. Это правило выражено expressis verbis въ нѣкоторыхъ законодательствахъ [1]), но оно само собою разумѣется, какъ вытекающее изъ существа легата. Въ числѣ возраженій противъ легата приводится обыкновенно тотъ доводъ, что легатъ связанъ съ несправедливостью въ отношеніи кредиторовъ наслѣдственной массы, не имѣющихъ права обращать взысканія на имущество, доставшееся легатаріямъ. Именно это соображеніе пользы кредиторовъ въ значительной мѣрѣ руководило раньше нашимъ сенатомъ при признаніи равноправности легатаріевъ и наслѣдниковъ. По мнѣнію сената, поддерживаемому нѣкоторыми цивилистами [2]), разграниченіе въ данномъ случаѣ вело бы къ тому, что наслѣдодатель могъ бы въ ущербъ кредиторамъ, все цѣнное имущество раздать, какъ легаты. Этимъ кредиторы лишены были бы возможности получить удовлетвореніе, вопреки 1529 ст. X т. 1 ч., объявляющей недѣйствительными договоры, коихъ побудительная причина — причиненіе ущерба кредиторамъ. Но недобросовѣстность возможна во всѣхъ случаяхъ: противъ нея нужно бороться соотвѣтствующими мѣрами, а не умерщвленіемъ живыхъ институтовъ. Позволительно спросить: существуетъ ли въ самомъ дѣлѣ реальная опасность для интересовъ кредиторовъ, разъ они не лишаются права, какъ мы видѣли, обращать взысканіе на легатъ при неполученіи долга съ наслѣдника? Пока не удовлетворены кредиторы или не предвидится возможности ихъ удовлетворенія, до тѣхъ поръ, строго говоря, нѣтъ, вѣдь, и легатовъ. Легатъ получается изъ имущества, которое достанется наслѣдникамъ. Если легатаріи успѣли получить свои отказы, они для кредиторовъ—отвѣтчики, но отвѣтчики „запасные“: при неоплатности наслѣдника имъ дѣлается призывъ. Конечно, можно итти дальше и утверждать, что кредиторъ не долженъ быть устраненъ отъ прямого обращенія взысканія на то имущество, которое онъ выберетъ, хотя бы это былъ „запасный“ легатъ. Но есть ли необходимость съ такимъ ригоризмомъ защищать интересы кредиторовъ;

[1]) Германское гражданское уложеніе, § 1967 Dernburg, das Bürgerliche Recht, Deutsches Erbrecht. 1905, § 207, швейцарское гражданское уложеніе, § 564.

[2]) См. Полетаевъ, „Право“, 1901 г., № 10, стр. 569 „О завѣщательныхъ отказахъ въ нашихъ дѣйствующихъ и будущихъ законахъ“.

во многихъ случаяхъ могущіе изъ „правъ“ превратиться въ простую прихоть? Смерть лица неизбѣжно вліяетъ на экономику покойнаго, съ паденіемъ личности большею частью распадается имущественная сфера, и для кредитора должна быть достаточна возможность получить долгъ въ какомъ бы то ни было порядкѣ. Такой возможности правила о легатахъ его не лишаютъ. Законъ говоритъ ему: „Твой должникъ умеръ, найди продолжателя его имущественной личности и, если тамъ не получишь, приди къ легатаріямъ — возьми ихъ легаты“. Съ другой стороны, не надо забывать, что кредиторамъ приходится здѣсь имѣть дѣло съ обоюдоострымъ мечемъ. Вѣдь ихъ положеніе можетъ значительно ухудшиться, если имъ придется каждый разъ уже сразу обращаться ко всѣмъ легатаріямъ и дробить свой долгъ между наслѣдниками, получающими все наслѣдство, лакеемъ, получающимъ 100 руб., множествомъ лицъ, часто совершенно неизвѣстныхъ, получающихъ разныя суммы, и, вдобавокъ, одаренными, которымъ отказаны такія выгоды, какъ освобожденіе отъ поручительства (и это можетъ быть предметомъ легата). Не лучше ли „постепенность“ [1])?

Указываютъ, что трудно установить отличительные признаки легата и что его неизбѣжно приходится опредѣлять отрицательно, какъ не наслѣдство. Но изъ сказаннаго выше вытекаетъ, что легатъ именно и есть нѣчто отрицательное по отношенію къ наслѣдству, что онъ является доставленіемъ данному лицу имущественной выгоды по завѣщанію безъ назначенія его наслѣдникомъ [2]). То,

---

[1]) Я уже не касаюсь другихъ „третьихъ лицъ“, не кредиторовъ, тѣхъ лицъ, которыя желаютъ предъявить искъ о признаніи завѣщанія недѣйствительнымъ и которымъ, по разъясненіямъ сената, приходится привлечь въ качествѣ отвѣтчиковъ „всѣхъ наслѣдниковъ“. Всегда ли найдешь этихъ отказополучателей, крестниковъ безъ наименованія, бѣдныхъ родственниковъ безъ поименнаго перечисленія, „благотворительныя цѣли“, сиротъ et tutti quanti? А между тѣмъ вызовъ этихъ лицъ въ качествѣ прямыхъ отвѣтчиковъ по тяжбамъ наслѣдниковъ о недѣйствительности завѣщанія едва ли непреложенъ при условіи признанія ихъ правъ, какъ легатаріевъ (4 ст. уст. гражд. суд.).

[2]) Проф. Шершеневичъ считаетъ легатъ „распоряженіемъ, которымъ изъ всей совокупности отношеній, составляющихъ наслѣдство, извѣстному лицу предоставляется одно или нѣсколько правъ“. Это положительное опредѣленіе легата, даваемое почтеннымъ профессоромъ, страдаетъ большой неточностью. Совокупность отношеній, составляющихъ наслѣдство, — есть, очевидно, „наслѣдство“. Но права могутъ быть предоставлены легатарію изъ имущественныхъ отношеній, лежащихъ внѣ наслѣдственной массы,

что легатарій есть лицо, получающее, не будучи наслѣдникомъ, даетъ возможность устраненія затрудненій, нерѣдко связанныхъ съ назначеніемъ наслѣдника. Такъ какъ кредиторы не заинтересованы въ извѣстности лица легатарія, то широко допустимы легаты альтернативные, назначенія въ пользу лицъ, выборъ которыхъ, между нѣсколькими, принадлежитъ третьему лицу, назначенія въ пользу разныхъ въ общей формѣ указанныхъ благотворительныхъ и общественныхъ установленій безъ того, чтобы при принятіи легата

когда отказывается вещь чужая, которую наслѣдникъ долженъ купить и передать легатарію, когда возлагается на самого наслѣдника обязанность совершить дѣйствіе въ пользу одареннаго. Не совсѣмъ ясно, кромѣ того, о какихъ правахъ идетъ здѣсь рѣчь, имущественныхъ, личныхъ или иныхъ. Вспомнимъ права душеприказчиковъ, узаконеніе путемъ завѣщанія, не составляющее легата, legatum liberationis, т. е. освобожденіе въ завѣщаніи дебитора отъ долга, являющееся отказомъ и не совсѣмъ совпадающее съ понятіемъ „предоставленіе права“. Опредѣленіе г Шершеневича близко подходитъ къ опредѣленію, даваемому § 2004 саксонскаго гражданскаго уложенія („Wer in Vermogensrechte eines Verstorbenen, als einzelne, kraft letzten Willens oder Erbvertrages eintritt ist Vermächtnissnehmer“), по отношенію къ которому было замѣчено, что оно не дастъ вѣрнаго отличія наслѣдника отъ легатарія. Французскіе законы, а за ними и французская доктрина, характеризуютъ легатъ (legs á titre particulier) съ отрицательной стороны, какъ нѣчто, отличающееся отъ общаго правопреемства (legs universel, legs à titre universel). Code civil, art 1010, Laurent, Principes de droit civil, 1893, t. 13, § 525, см. также Planiol, Traité elementaire de droit civil, t. 3, 1908, p. 659. Первый проектъ германскаго уложенія, слѣдуя Code civil, устанавливалъ понятіе легата также по отрицательнымъ признакамъ. Но вторая комиссія, какъ видно изъ протоколовъ, руководилась „стремленіемъ избѣгнуть чисто отрицательнаго опредѣленія“ (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs, V, S. 6). Въ результатѣ получилось опредѣленіе смѣшаннаго характера: Наслѣдодатель можетъ по завѣщанію предоставить другому, не назначая его наслѣдникомъ, имущественную выгоду, отказъ). Итальянскій юристъ Galogero Gangi, монографія котораго — I. Legati nel diritto civile Italiano con riguarop alla giurisprudenza, al diritto romano ed alle moderne legislazioni, 1908, является пока единственнымъ почти самостоятельнымъ изслѣдованіемъ въ области современнаго легатарнаго права и упоминаетъ даже русскіе гражданскіе законы, опредѣляетъ легатъ, какъ имущественное доставленіе посредствомъ акта послѣдней воли, не имѣющее предметомъ совокупность или одну долю имущества того лица, которое его совершаетъ, и не заключающее поэтому назначенія наслѣдника. Il legato é una attribuzione patrimoniale per atto di ultima volonta non avente per obietto l'universalita od una quota dei beni di Chi la fa e non constituente quindi instituzione di erede (p. 19, 16, e seg). Dernburg, Deutsches Erbrecht, S 186, характеризуетъ легатъ: „Ein Vermächtnis ist eine freigiebige Zuwendung von

необходимо было каждый разъ испрашивать разрѣшенія начальства. Вотъ почему такъ разросся на Западѣ институтъ легата, и рѣдкое завѣщаніе обходится безъ него. Легатъ — излюбленная форма назначенія. Понятно, насколько неправильно возраженіе, приводимое противниками института легата, въ томъ числѣ составителями нашего проекта наслѣдственнаго права, будто легатъ на Западѣ является только подражаніемъ древне-римскому праву, остаткомъ прежнихъ временъ. Будь легатъ только реликвіей древности, онъ давно умеръ бы на Западѣ, какъ умерли другіе правовые институты, цѣплявшіеся за старину и выметенные въ настоящее время изъ сферы западно-европейскаго права. Если легатъ пустилъ глубокіе корни, не исчезъ, а далеко раскинулъ вѣтви во всѣ стороны, то это объясняется тѣмъ, что онъ соотвѣтствуетъ современной жизни, а не римской. Постановленія о легатахъ содержатся не только въ тѣхъ кодексахъ, въ которыхъ, какъ въ саксонскомъ уложеніи, прусскомъ земскомъ правѣ, наслѣдованіе построено по образцу римскаго права, требовавшаго, какъ обязательнаго условія, чтобы въ завѣщаніи назначенъ былъ наслѣдникъ, caput et fundamentum testamenti, а ужъ послѣдній былъ лично обремененъ выдачами, вплоть до выдачи всего наслѣдства—универсальный фидеикомиссъ. Регламентированъ этотъ институтъ и въ наслѣдственномъ правѣ Code Civil, покоющемся отчасти на совершенно противоположномъ началѣ исключительно родственнаго наслѣдованія (Deus solus heredem facere potest, non homo) и именующаго главнаго наслѣдника по завѣщанію только „общимъ легатаріемъ“. Даже англійское наслѣдственное право, выросшее на своеобразномъ корнѣ, въ настоящее время, послѣ вѣковой борьбы за завѣщательную свободу, широко признало легатаріевъ: legatee general, legatee pecuniary, legatee special. Они отличаются отъ

Todes wegen die nicht Erbeinsetzung ist“. Многіе писатели, установивъ признаки наслѣдства, находятъ затѣмъ совершенно достаточнымъ замѣтить, что всякое иное завѣщательное распоряженіе по имуществу въ чью-либо пользу есть легатъ, что, въ общемъ, можетъ быть признано правильнымъ.— Легатъ строго отграничивается отъ наслѣдственной квоты, т. е. наслѣдованія въ части $^1/_2$, $^1/_3$ и т. д., выражаемаго часто въ завѣщаніи въ формѣ назначенія опредѣленныхъ предметовъ, когда, напр., отецъ, перечисливъ все свое имущество, распредѣляетъ его между двумя сыновьями (каждому сыну по имѣнію, одному—мельница, другому—фабрика). Въ этомъ случаѣ съ внѣшней стороны имѣются „отдѣльныя постановленія“, какъ въ легатахъ, а съ внутренней—универсальное правопреемство, чего въ легатахъ никогда не бываетъ.

универсальнаго преемника, „главнаго легатарія“ по завѣщанію, получающаго весь остатокъ изъ рукъ исполнителя-ликвидатора (обязательнаго въ Англіи въ каждомъ случаѣ завѣщанія).

За долги покойнаго отвѣчаетъ, при отсутствіи имущества, особо для этого предназначеннаго (assets), сначала „главный легатарій“, затѣмъ отвѣчаютъ частные легатаріи. Въ отношеніи исполнителя Stephen указываетъ [1]): „Дѣло executor'a прежде, чѣмъ выдать легаты, замѣтить, есть ли достаточный фондъ для уплаты долговъ, и поступить согласно древнему правилу: „de bonis defuncti primo deducenda sunt ea quae sunt necessitatis et postea quae sunt utilitatis et ultimo quae sunt voluntatis“ [2]). Заключаютъ постановленія о легатѣ также Германское уложеніе и Швейцарскій кодексъ, въ которыхъ легатъ далеко ушелъ отъ римскаго образца, съ его сухимъ формализмомъ, — сообразно новымъ требованіямъ жизни, свободѣ завѣщаній, развитію экономическихъ отношеній, развѣтвленію и расширенію имуществъ и имущественныхъ правъ. Нѣтъ никакого основанія утверждать, что русскому праву слѣдуетъ въ этомъ отношеніи стоять уединенно, что намъ должно быть чуждо разграниченіе легата и наслѣдства въ то время, какъ такое разграниченіе существуетъ во всѣхъ европейскихъ законодательствахъ и оказывается полезнымъ и жизненнымъ [3]).

Обратимся, прежде всего, къ имѣющемуся въ рѣшеніи указанію, что „съ принятіемъ легата на легатарія переходятъ всѣ права и всѣ обязанности, связанныя съ онымъ“. Что понимать въ дан-

---

[1]) New Commentaries on the laws of England, 1899, t. 2, p. 208.

[2]) Въ Англіи, то и дѣло, приходится читать о крупныхъ суммахъ, завѣщаемыхъ, кромѣ разныхъ лицъ и учрежденій, на спеціальныя цѣли, даже на содержаніе животныхъ, (bequests for the benefit of animals или, какъ ихъ въ Англіи иногда называютъ, legacies for pets). Интересующихся отсылаю къ Daily Chronicle, 9 Aug. 1909, въ которой сообщается, между прочимъ, о завѣщателяхъ, оставившихъ своимъ служащимъ на содержаніе своихъ собакъ единовременно значительныя суммы и ежегодныя ренты отъ 12 до 26 фунтовъ стерлинговъ.

[3]) На необходимость отличать легатарія отъ наслѣдника указали у насъ прис. пов. округа варш. окружн. суда въ отзывѣ на проектъ книги четвертой гражданскаго уложенія о наслѣдственномъ правѣ. См. сводъ замѣчаній 1904 г., стр. 218. Горячо ратуетъ за легатъ г. Башмаковъ (Быть или не быть понятію завѣщательнаго отказа въ русскомъ законодательствѣ, „Ж. М. Ю.“, 1901 г., № 7), разсматривающій, впрочемъ, вопросъ больше съ высотъ соціальныхъ проблемъ въ области наслѣдованія, чѣмъ съ точки зрѣнія юридическихъ основаній института. Признаетъ легатъ отчасти и г. Анненковъ. Отказы по духовному завѣщанію, „Ж. гр. и уг. пр.“, 1892 г., № 1.

номъ случаѣ подъ „обязанностями“? Обремененія, лежащія на самомъ легатѣ, какъ закладное право? Въ такомъ случаѣ положеніе сената совершенно правильно, такъ какъ легатъ переходитъ, какъ таковой, т. е. въ его активѣ и пассивѣ. Но въ рѣшеніи сената содержится ссылка на предшествующія рѣшенія, въ которыхъ признавалась обязанность легатаріевъ отвѣчать по личнымъ долгамъ наслѣдодателя. Изъ этихъ рѣшеній нельзя съ достаточной ясностью опредѣлить, предъявили ли кредиторы требованія прямо къ легатаріямъ или предварительно обратились къ непосредственному наслѣднику. Если допустить, что сенатъ предполагаетъ общую легатаріевъ съ наслѣдниками отвѣтственность за долги, то остается неизвѣстнымъ, въ чемъ же будетъ заключаться истинное различіе между легатаріями и наслѣдниками. Вѣдь, суть именно въ томъ, что легатарій не наслѣдникъ и обязанностей наслѣдника по преемству имущественной личности не несетъ. Приравнивая легатъ къ договору въ пользу третьихъ лицъ, какимъ образомъ сенатъ можетъ допустить, чтобы „третьи лица“ отвѣчали за долги наслѣдодателя, какъ наслѣдники? Говорить, что легатарій отвѣчаетъ за долги соразмѣрно получаемому, не значитъ ли возвращаться все къ тому же наслѣднику и наслѣдственной квотѣ? Въ самомъ дѣлѣ: легатарій, положимъ, получаетъ 5.000 р., все наслѣдство равно 100.000 р. Легатарій, говорятъ, отвѣчаетъ за долги въ размѣрѣ $^1/_{20}$, а получаетъ онъ имущества тоже $^1/_{20}$. Очевидно, что мы имѣемъ дѣло съ наслѣдованіемъ въ размѣрѣ $^1/_{20}$ доли.

Утвержденіе сената, что легатъ—обязательство, осуществляемое исключительно черезъ требованіе къ наслѣднику, заключаетъ въ себѣ попытку провести въ нашу жизнь строгое начало римскаго права о непосредственныхъ правахъ универсальнаго преемника и производномъ правѣ легатарія. Но уже въ Римѣ, по юстиніанову праву, легатарій, при наличности его заявленія о принятіи легата, получалъ право собственности на отказанный предметъ и могъ осуществлять вещныя права вещными исками. При условіяхъ современной жизни и въ отношеніи русскаго права нѣтъ достаточнаго основанія къ лишенію легатарія права виндицировать отказанный легатъ, разумѣется, если виндикація мыслима и возможна, получать непосредственно деньги, документы, права изъ наслѣдственной массы, и только въ такомъ случаѣ довольствоваться требованіемъ къ наслѣднику, когда легатъ заключается въ обязанности самого наслѣдника совершить извѣстное дѣйствіе, производить платежи, доставлять алименты и т. д. Выраженное

въ общей формулѣ положеніе сената, что всякій легатъ устанавливаетъ обязательственныя отношенія между наслѣдниками и легатаріями, не имѣетъ почвы въ настоящее время и можетъ подать на практикѣ поводъ къ серьезнымъ затрудненіямъ [1]).

Однако, какимъ образомъ случилось, что сенатъ, раньше столь категоричный въ отрицаніи легата, рѣшился теперь пойти по пути разграниченія отказа отъ наслѣдства? Вѣдь, легатъ давно уже стучался въ двери нашего наслѣдственнаго права, а между тѣмъ сенатъ тщательно закрывалъ двери, не внемля голосу жизни.

Дѣло, подавшее поводъ къ нынѣшнему рѣшенію сената, было слѣдующее. Послѣ смерти нѣкоей Щегловой осталось духовное завѣщаніе, въ которомъ указано, что книги, конская сбруя, экипажъ и лошадь завѣщаются одной дочери [2]), а все остальное имущество—другой дочери. Завѣщательница упомянула, что вторую дочь она обязываетъ произвести по утвержденіи духовнаго завѣщанія

---

[1]) Легатъ во многихъ случаяхъ отличается отъ отношеній контрактныхъ по особому значенію личности легатарія. Въ то время, какъ, напр., права по договору, пріобрѣтенныя подъ суспенсивнымъ условіемъ, переходятъ на наслѣдниковъ, еще до наступленія условія, легатарій,—какъ и наслѣдникъ—хотя и переживній завѣщателя, но не дожившій до наступленія отлагательнаго условія, подъ которымъ былъ сдѣланъ легатъ, не переноситъ легата на своихъ наслѣдниковъ, развѣ бы изъ смысла завѣщанія вытекало противоположное. См. Gangi, I. legati, p. 216, который находитъ, что легатъ подъ суспенсивнымъ условіемъ ни въ какомъ случаѣ не переходитъ на наслѣдниковъ легатарія. Code Civil, art. 1040. Германское уложеніе, § 2073: Если наслѣдодатель по завѣщанію представилъ что-либо подъ отлагательнымъ условіемъ, то, при сомнѣніи, предполагается, что предоставленіе должно оказаться дѣйствительнымъ только въ томъ случаѣ, если надѣленный переживетъ наступленіе условія. Codee Civile, art. 853. Contra рѣш. сената 1908 г., № 77, по д. Полякова. Въ дѣлѣ Полякова судебная палата, повидимому, склонна была уподобить легатъ обязательству, а сенатъ стоялъ на старой позиціи „отдѣльнаго наслѣдства“. На самомъ дѣлѣ легатъ институтъ sui generis, примыкающій и къ обязательству, и къ наслѣдству, не будучи ни тѣмъ, ни другимъ.

Замѣтимъ, что усвоенная сенатомъ въ рѣш. 11 марта 1909 г. теорія легата-обязательства, легата-договора, вопреки мнѣнію сената, не даетъ сама по себѣ отвѣта на вопросъ, почему легатъ при отпаденіи легатарія до открытія наслѣдства идетъ къ универсальному правопреемнику по завѣщанію. Обязательство—имущественное право, подлежащее самостоятельному переходу по наслѣдству, независимо отъ общаго наслѣдованія, и если легатъ все-таки уступаетъ въ данномъ случаѣ общему правопреемству, то центръ тяжести здѣсь, очевидно, въ особыхъ свойствахъ завѣщательнаго отказа, а не въ „обязательствѣ“, какъ таковомъ.

[2]) Заимствую изъ содержанія самого духовнаго завѣщанія.

въ теченіе трехъ лѣтъ выдачу брату (завѣщательницы) Федорову 300 р. Федоровъ умеръ раньше завѣщательницы. По утвержденіи духовнаго завѣщаніи наслѣдники Щегловой предъявили искъ о признаніи 300 р. оставшимися внѣ завѣщательныхъ распоряженій и подлежащими выдачѣ законнымъ наслѣдникамъ Щегловой. Передъ сенатомъ былъ поставленъ вопросъ: составляютъ ли эти 300 р., которые обязана была выдать наслѣдница, наслѣдство или нѣтъ. Если наслѣдство, оно, за смертью наслѣдника по завѣщанію раньше завѣщателя, должно итти наслѣдникамъ по закону, какъ внѣзавѣщательное имущество. Сенатъ нашелъ, что эти 300 руб.— легатъ: со смертью легатарія до открытія наслѣдства легатъ падаетъ, имущество идетъ въ пользу наслѣдника по завѣщанію, и никто иной на эти 300 р. претензій заявлять не можетъ.

„Во многихъ случаяхъ — говорится въ рѣшеніи — правительствующій сенатъ разъяснилъ, что нашъ законъ не дѣлаетъ различія между легатаріемъ и прямыми наслѣдниками по завѣщанію и что легатарій — такой же соучастникъ въ наслѣдствѣ, какъ и прямые наслѣдники". Ссылаясь на эти случаи,—рѣшен. 1868 г. № 17, 1874 г. № 596, 1879 г. № 294, и др., сенатъ указываетъ, что въ нихъ надлежало разрѣшить вопросъ о томъ, вправѣ ли кредиторы завѣщателя обращать взысканіе по ихъ къ нему претензіямъ на легатъ, т. е. на тѣ денежныя суммы, которыя наслѣдники по завѣщанію обязаны выплачивать изъ стоимости завѣщаннаго имъ имущества, другимъ лицамъ,—на что и послѣдовалъ отвѣтъ утвердительный. Что же касается вопроса о томъ, есть ли полное тождество между прямыми наслѣдниками по завѣщанію и легатаріями, то на него *отвѣтъ долженъ быть отрицательный*. „Съ момента смерти завѣщателя наслѣдникъ пріобрѣтаетъ право непосредственно припять въ свое обладаніе все, что ему завѣщано, и, оставаясь въ положеніи наслѣдника, онъ является продолжателемъ юридической личности умершаго завѣщателя и вступаетъ по отношенію къ завѣщанному имуществу во всѣ тѣ права, которыя принадлежали завѣщателю... Совершенно иныя права имѣетъ легатарій. Требованіе завѣщанной ему суммы можетъ быть обращено только къ тому наслѣднику, на котораго возложена такая обязанность и ни къ кому больше, ибо требовать исполненія всякой обязанности можно лишь отъ того, который обязанъ передъ требующимъ". Если наслѣдникъ принимаетъ завѣщанное ему имущество, разсуждаетъ сенатъ, то этимъ самымъ онъ соглашается на условія, объявленныя завѣщателемъ, въ силу чего дѣлается

должникомъ легатарія, какъ бы третьяго лица, въ пользу котораго установлена договорная обязанность, а легатарій—кредиторомъ наслѣдника. „Но какъ съ устраненіемъ кредиторомъ своего права, съ нежеланіемъ его осуществить оное, должникъ освобождается отъ лежащей на немъ обязанности, и все, что долженъ былъ передать кредитору, остается въ его пользу, ибо никто кромѣ кредитора и его законныхъ правопреемниковъ не могутъ предъявить къ нему требованія объ исполненіи тѣхъ обязанностей, такъ и наслѣдникъ по завѣщанію съ утратою легатаріемъ своего права или съ нежеланіемъ воспользоваться онымъ, освобождается отъ возложенныхъ на него завѣщателемъ обязанностей и все, что онъ долженъ былъ выдать легатарію, остается въ его пользу“. „Въ силу сего, заключаетъ сенатъ, если легатарій устраняется ранѣе завѣщателя и черезъ это лишается права на завѣщанный ему отказъ, таковой долженъ оставаться въ пользу наслѣдника, который былъ обязанъ выдать оный и не можетъ почитаться оставшимся внѣ завѣщанія, подлежащимъ наслѣдованію въ порядкѣ законнаго наслѣдника“. Таково рѣшеніе сената 11 марта 1909 г. о легатахъ.

Разсматривая изложенныя въ рѣшеніи соображенія, нельзя, къ сожалѣнію, сказать, чтобы въ этомъ рѣшеніи, обильномъ юридическими построеніями, все обстояло совершенно благополучно и чтобы рѣшеніе давало вполнѣ опредѣленныя руководящія начала относительно связанныхъ съ назначеніемъ легата юридическихъ послѣдствій.

Между тѣмъ достаточно было сказать: легатарій—выгодополучатель по завѣщанію, но не наслѣдникъ, — и всѣ необходимыя сенату положенія слѣдовали бы съ неизбѣжностью изъ этого заключенія. Разъ легатъ *не наслѣдство*, то онъ и не можетъ переходить, *какъ наслѣдство*. Въ завѣщаніи, въ которомъ указаны наслѣдникъ и легатарій, имѣется, значитъ, одинъ наслѣдникъ, а не два, съ извѣстнымъ только ограниченіемъ этого наслѣдника въ пользу другого лица. Къ наслѣднику, которому завѣщано „все остальное имущество“, т. е. къ универсальному преемнику, поступаетъ, само собою разумѣется, и то право, которое раньше подлежало вычету, какъ легатъ, а затѣмъ отпало, за смертью легатарія до открытія наслѣдства, въ виду чего западныя законодательства содержатъ даже прямое постановленіе, что „отказъ недѣйствителенъ, если отказопринимателъ не находится болѣе въ живыхъ при открытіи наслѣдства“, что „отказопринимателъ

получаетъ право требовать отказанную вещь, когда переживетъ наслѣдодателя" (герм. § 2160, швейцарскій § 543) [1]). Стоя на такой точкѣ зрѣнія, т. е. на точкѣ зрѣнія „выгодополучателя, но не наслѣдника", сенатъ и въ отношеніи отвѣтственности за долги могъ бы прійти къ одному только выводу, а именно, что легатарій не отвѣчаетъ по обязательствамъ покойнаго, ибо законъ переноситъ обязанности покойнаго лишь на наслѣдника (1259 ст. X т. 1 ч.), а ничуть не на другихъ лицъ, получающихъ что-либо послѣ смерти завѣщателя. Наслѣдникъ воленъ принять наслѣдство и не принять, но разъ онъ принялъ, онъ долженъ по закону удовлетворить и легатаріевъ и кредиторовъ, притомъ не только имуществомъ наслѣдственной массы, но, если нужно, то и своимъ собственнымъ имуществомъ [2]).

Недостатки рѣшенія сената не умаляютъ значенія самаго рѣшенія. Хотя сенатъ старается почему-то искусственно связать это рѣшеніе со старыми, но несомнѣнно, что рѣшеніе 11 марта 1909 года отступаетъ отъ прежнихъ разъясненій, преподанныхъ сенатомъ какъ по департаменту, такъ и по отдѣленіямъ, и знаменуетъ серьезный поворотъ въ данномъ вопросѣ. Правительствующій сенатъ призналъ и узаконилъ легатъ и сдѣлалъ правильное, въ окончательномъ результатѣ, приложеніе положеній о легатѣ къ конкретному случаю. Вопроса о платежѣ долговъ сенатъ не касался прямо, а задѣлъ его попутно. Если положенія, высказанныя сенатомъ по этому поводу, неясны и въ состояніи даже подать поводъ къ заключенію, что сенатъ не отдѣлался въ данномъ случаѣ отъ прежнихъ своихъ воззрѣній, то можно ожидать, что въ ближайшемъ будущемъ сенатъ коснется этого предмета спеціально и прольетъ на него достаточно яркій свѣтъ. А въ какомъ направленіи долженъ разрѣшиться этотъ вопросъ, на то указываетъ путь, избранный сенатомъ въ данномъ рѣшеніи, — путь отмежеванія легата отъ наслѣдства. Недалеко, вѣроятно, то время, когда утвержденія „легатарій — соучастникъ наслѣдства", „легатарій

[1]) Объ англійскомъ правѣ Stephen, Commentaries, t. II, p. 209: If the legatee dies before the testator the legacy is general lost or lapses and shall sink into the residuum (если легатарій умираетъ раньше завѣщателя, легатъ теряется или падаетъ, сливаясь съ остаткомъ).

[2]) Коррективомъ для отвѣтственности наслѣдника можетъ служить beneficium inventarii т. е. полученіе наслѣдственнаго имущества по описи съ ограниченіемъ обязанности платить долги размѣрами получаемаго,— институтъ, незнакомый нашему дѣйствующему праву и вводимый проектомъ гражданскаго уложенія.

отвѣчаетъ по обязательствамъ умершаго" станутъ у насъ анахронизмомъ, что, надо надѣяться, въ значительной мѣрѣ будетъ способствовать устраненію невообразимаго хаоса, господствующаго нынѣ въ нашемъ наслѣдственномъ правѣ. Помѣщенное въ нашемъ десятомъ томѣ законоположеніе объ отдѣльныхъ выдачахъ, производимыхъ по завѣщанію въ пользу третьихъ лицъ, до сей поры никому не нужное и неизвѣстно для чего существующее, должно будетъ отнынѣ наполнится живымъ содержаніемъ и возродиться, подобно заброшенной прежде усадьбѣ, въ которую потомъ неожиданно вернулись издалека хозяева...

Въ томъ случаѣ, когда изъ смысла завѣщанія можно вывести заключеніе, что завѣщатель желалъ предоставить данному лицу, не назначая его наслѣдникомъ, извѣстную имущественную выгоду, лицо, получающее выгоду, должно быть признано легатаріемъ, независимо отъ того, какъ оно названо въ завѣщаніи. Легатарій не отвѣчаетъ за личные долги наслѣдодателя, развѣ бы въ завѣщаніи было постановлено иное или кредиторы не могли получить свой долгъ съ прямого наслѣдника. Въ послѣднемъ случаѣ легатарій отвѣчаетъ въ размѣрѣ получаемаго или полученнаго.

Этимъ положеніямъ, признаннымъ повсемѣстно, слѣдуетъ получить признаніе и въ нашемъ правѣ. Но не только отношенія легатаріевъ къ наслѣдникамъ и кредиторамъ нужно точно выяснить. Предметъ и субъекты легата, условія дѣйствительности, принятіе и отказъ отъ легата—все это и многое другое должно быть разъяснено и освѣщено сенатомъ. Не пройдетъ безслѣдно рѣшеніе сената и для нашей научной цивилистики, которая впервые получаетъ возможность практическаго разрѣшенія связанныхъ съ легатомъ вопросовъ, установленія тѣхъ коренныхъ началъ института, которыя должны дѣйствовать въ нынѣшнемъ нашемъ правѣ и составить основу для легатарнаго права будущаго гражданскаго кодекса. Въ этомъ отношеніи можно сказать, что рѣшеніе сената открываетъ новый горизонтъ и является въ области завѣщательнаго права чуть ли не эпохой.

По окончаніи доклада открылись пренія.

*А. Г. Воронов*ъ находитъ, что желательное для докладчика отмежеваніе легата отъ общаго правопреемства, съ установленіемъ отвѣтственности легатарія только при условіи невозможности полученія долга съ главнаго наслѣдника, будетъ чрезвычайно затруднительно. Съ точки зрѣнія римскаго права, подобное

отрицательное распредѣленіе бремени платежа долговъ было вполнѣ возможно въ силу нѣкоторыхъ особенностей римскаго наслѣдственнаго права. По германскому праву легатаріемъ является тотъ, кто получаетъ опредѣленную сумму денегъ, а если размѣръ этой суммы соотвѣтствуетъ его законной долѣ, то онъ считается наслѣдникомъ, какъ бы онъ ни былъ названъ въ завѣщаніи. Русскій языкъ совершенно не выработалъ термина, соотвѣтствующаго понятію легата. Слово „отказъ", употребляемое нашимъ законодательствомъ, никоимъ образомъ не можетъ обозначать легата, какъ того хочетъ докладчикъ. Если вникнуть въ смыслъ слова „отказъ", то придется констатировать, что нерѣдко слово „отказать", „отказъ" обозначаетъ дать, назначить наслѣдникомъ. Въ такомъ смыслѣ это слово употребляется не только на языкѣ юридическомъ, но и на языкѣ литературномъ. Въ римскомъ правѣ lex Falcidia, какъ извѣстно, была введена для огражденія наслѣдственныхъ правъ наслѣдника; она ограничивала господствовавшую до того времени свободу завѣщательныхъ распоряженій. Ничего подобнаго въ русскомъ правѣ не имѣется, а потому, при признаніи у насъ легата, интересамъ наслѣдниковъ угрожаетъ серьезная опасность. Сплошь и рядомъ возможны случаи, что наслѣдники изъ громаднаго, имущества наслѣдодателя получатъ лишь незначительную часть, а все остальное перейдетъ къ легатаріамъ. Наслѣдодатель можетъ добросовѣстно заблуждаться касательно количества своего имущества, и вотъ можетъ оказаться, что наслѣдники получаютъ гораздо меньше, чѣмъ легатаріи. Вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ величина отказа, былъ разсмотрѣнъ въ комиссіи при юридическомъ обществѣ, подъ предсѣдательствомъ М. М. Винавера, и было предположено, что если вещь, оставленная въ качествѣ легата, не превышаетъ одного процента съ общаго количества имущества, то лицо, получившее такую вещь, совершенно освобождалось отъ отвѣтственности за долги отказодателя. Нужно пожалѣть, что до сихъ поръ не осуществилось введеніе въ дѣйствіе новаго проекта наслѣдственнаго права. Поправка, предложенная комиссіею юридическаго общества, могла бы, въ случаѣ ея принятія, разрѣшить главное затрудненіе въ области легата.

В. М. Нечаевъ началъ свои возраженія съ указанія на то, что рефератъ охватываетъ довольно широко вопросъ о легатѣ. Не останавливаясь подробно на легатѣ въ той постановкѣ, какъ это сдѣлалъ докладчикъ, оппонентъ желаетъ сдѣ-

лать нѣсколько замѣчаній, не касаясь вопроса конструкціи легата. Докладчикъ подробно и обстоятельно указывалъ на необходимость вызывающую существованіе института легата. Всѣ аргументы, выставляемые докладчикомъ въ защиту института легата, не представляются убѣдительными, такъ какъ въ условіяхъ современной жизни нѣтъ уже болѣе тѣхъ основаній, которыя дѣлали легатъ жизнеспособнымъ и необходимымъ. Та рѣзкая грань, которая существовала между имуществами движимыми и недвижимыми и служила главнымъ основаніемъ существованія легата, въ современной жизни не наблюдается. Хотя западное законодательство пошло по консервативному пути, но это далеко не говоритъ о необходимости введенія и у насъ института легата. Гораздо цѣлесообразнѣе было бы взглянуть на легатъ съ практической точки зрѣнія и рѣшить вопросъ: стоитъ ли его заново вводить въ жизнь или нѣтъ. Въ современной жизни назначеніе наслѣдника—institutio heredis—не является, какъ это было по римскому праву caput et fundamentum testamenti. Тамъ назначеніе наслѣдника вызывалось характеромъ универсальности преемства правъ по наслѣдству. Въ современной жизни назначеніе наслѣдника не является необходимымъ; слѣдовательно, отпадаетъ основаніе для существованія легата. Все наслѣдство можетъ быть роздано по частямъ. Спрашивается: какъ же установить въ такихъ дробныхъ наслѣдствахъ, кто наслѣдникъ, а кто легатарій? Какъ въ такихъ случаяхъ разрѣшить вопросъ о платежѣ долговъ наслѣдодателя? Найти разницу между легатомъ и наслѣдствомъ представляется довольно труднымъ. Изъ тезиса седьмого, въ коемъ докладчикъ упрекаетъ Сенатъ въ томъ, что онъ сущность легата видитъ въ установленіи обязательственныхъ отношеній между наслѣдникомъ и легатаріемъ и, такимъ образомъ, переноситъ на нашу почву начала стараго римскаго права, не отвѣчающаго требованіямъ современнаго права—видно, что докладчикъ отстаиваетъ систему виндикаціоннаго легата. Виндикаціонный легатъ отрицается всѣми уложеніями. Германское право виндикаціонный легатъ совершенно отвергаетъ. Въ самомъ дѣлѣ, было бы несправедливо устанавливать положеніе, въ силу котораго наслѣдникъ обязанъ былъ бы и платить долги и быть вещно обязаннымъ предъ легатаріемъ. Отвѣтственность наслѣдника предъ легатаріемъ должна быть во всякомъ случаѣ только личная.

Я. Г. Фрумкинъ находитъ, что докладчикъ долженъ былъ бы провести грань между точкой зрѣнія догматической и политической. Рѣшеніе Сената, приводимое докладчикомъ, отнюдь не предрѣшаетъ всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ институтомъ легата. Докладчикъ устанавливаетъ не только ограниченную отвѣтственность легатарія, но и субсидіарную, т. е. легатарій отвѣчаетъ лишь при условіи невозможности полученія долга съ главнаго наслѣдника. По мнѣнію оппонента, слѣдуетъ установить обратный порядокъ въ виду тяжелаго положенія кредиторовъ, когда при наличности многихъ наслѣдниковъ приходится предъявлять искъ ко всѣмъ наслѣдникамъ по соразмѣрности. Эта тяжесть особенно рѣзко обнаруживается, если сумма иска ничтожна. Слѣдуетъ установить положеніе, что предъ кредиторомъ отвѣтственно всякое лицо во всей суммѣ иска, съ предоставленіемъ, конечно, такому лицу, уплатившему всю сумму, права регресса къ остальнымъ сонаслѣдникамъ. Выставленное докладчикомъ положеніе, что легатарій отвѣчаетъ лишь при условіи невозможности полученія долга съ наслѣдника не находитъ себѣ оправданія въ дѣйствующемъ законѣ и должно быть отвергнуто съ точки зрѣнія будущаго закона.

М. М. Винаверъ указалъ, что докладъ ставитъ на очередь два вопроса: 1) желательно ли введеніе легата въ систему гражданскаго права? и 2) если желательно, то введенъ ли онъ упомянутымъ рѣшеніемъ Правительствующаго Сената? Что касается вопроса о желательности введенія, то нельзя не указать, что въ обоснованіе его не приводится и не можетъ быть приведено принципа матеріальной справедливости. Нѣтъ никакихъ матеріально-справедливыхъ основаній для освобожденія отъ долговыхъ тяготъ одной категоріи наслѣдниковъ и для возложенія всѣхъ этихъ тяготъ на другую категорію. Нельзя говорить и о презумптивной волѣ завѣщателя. Откуда черпается заключеніе о такой волѣ завѣщателя, вѣрнѣе: не о волѣ отдѣльнаго завѣщателя, а о волѣ завѣщателей вообще? Если бы въ дѣйствительности завѣщателямъ было присуще желаніе освобождать одну категорію (легатаріевъ) и обременять другую (наслѣдниковъ), то такой типъ отступающихъ отъ дѣйствующаго закона завѣщательныхъ распоряженій долженъ былъ бы преобладать на практикѣ. Между тѣмъ опытъ показываетъ, что на самомъ дѣлѣ завѣщанія, освобождающія ту или иную категорію наслѣдниковъ отъ платежа долговъ, чрезвы-

чайно рѣдки. Нормальный типъ завѣщанія не освобождаетъ отъ отвѣтственности тѣхъ, кому въ силу завѣщанія достается имущество. Да и какъ осуществить у насъ на дѣлѣ принципъ, согласно которому отвѣчаетъ наслѣдникъ, а не легатарій? Вѣдь если не различіе въ наименованіи, то нѣтъ возможности отличить наслѣдника отъ легатарія. Въ этомъ смыслѣ очень характерно, что легатарія иначе не опредѣляютъ, какъ отрицательными признаками. Тезисъ четвертый докладчика гласитъ: „отличительный признакъ легата устанавливается отрицательно, какъ доставленіе данному лицу имущественной выгоды безъ назначенія его наслѣдникомъ“. И дѣйствительно, съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго права, нѣтъ возможности дать положительное опредѣленіе легату. Нѣкогда въ силу историческихъ условій возникло и существовало ясное разграниченіе между понятіемъ наслѣдства и легата; а когда оно исчезло, то пустое мѣсто наполняютъ ничѣмъ не обоснованнымъ различіемъ отвѣтственности за долги. Докладчикъ возмущается, что поваръ получившій 75 рублей, возводится въ санъ наслѣдника и долженъ отвѣчать за долги; но тутъ нѣтъ ничего страннаго, ибо онъ ни въ чемъ не отличается отъ наслѣдника, за исключеніемъ чисто количественнаго различія. Несомнѣнно, что чрезвычайная раздробленность имущества создаетъ неудобство для кредитора. Нужно итти навстрѣчу уничтоженію или, по крайней мѣрѣ, уменьшенію этого неудобства. Соотвѣтственныя мѣры предлагались въ комиссіи при юридическомъ обществѣ; о нихъ упоминалъ и предыдущій оппонентъ. Можно предоставить кредитору выборъ отвѣтчика изъ среды наслѣдниковъ, съ правомъ регресса привлеченнаго наслѣдника къ остальнымъ сонаслѣдникамъ. Можно развить систему представительства наслѣдства, въ видѣ попечительства,—до уплаты долговъ наслѣдства. Все это практическія мѣры разрѣшенія практическихъ затрудненій, безъ матеріально-несправедливаго освобожденія наслѣдниковъ отъ платежа долга.

Невѣрно далѣе, что введеніе понятія легата упраздняетъ процессуальное неудобство, въ силу котораго къ иску объ уничтоженіи завѣщанія нужно привлекать всѣхъ лицъ, коихъ завѣщаніе касается, такъ какъ въ силу ст. 4 уст. гр. суд. должны будутъ привлекаться всѣ заинтересованныя лица, а такими являются не только наслѣдники, но и легатаріи. Опытъ тѣхъ частей Имперіи, въ которыхъ дѣйствующій законъ признаетъ легатъ, также не

говоритъ въ пользу его установленія. Въ упомянутой комиссіи при юридическомъ обществѣ были представители судебной практики Царства Польскаго и Прибалтійскаго края, и оба, на основаніи опыта, высказались за уничтоженіе разницы между легатаріемъ и наслѣдникомъ.

Второй изъ поставленныхъ вопросовъ: въ самомъ ли дѣлѣ рѣшеніе Сената устанавливаетъ тѣ положенія о легатѣ, которыя желательны докладчику,—вызываетъ также весьма серьезныя сомнѣнія. Рѣшеніе Сената разсматриваетъ вопросъ о легатѣ не въ связи съ отвѣтственностью; слѣдовательно, главный нервъ легата упомянутымъ рѣшеніемъ обойденъ. Нельзя при этомъ не замѣтить, что о субсидіарной отвѣтственности легатарія могла бы идти рѣчь лишь въ томъ случаѣ, если бы это устанавливалось закономъ.

Между тѣмъ ст. 1259 т. X. ч. I устанавливаетъ только единую, общую отвѣтственность; можно ту или иную категорію либо подводить подъ дѣйствіе 1259 ст., либо не подводить. Tertium non datur. И если бы, какъ этого желаетъ докладчикъ, сенатскимъ рѣшеніемъ предрѣшалось и различіе въ отвѣтственности между наслѣдникомъ и легатаріемъ, то это различіе могло бы свестись только къ полнѣйшему освобожденію легатарія отъ отвѣтственности, такъ какъ законъ никакой субсидіарной отвѣтственности не знаетъ. Послѣдствія для кредиторовъ еще болѣе тягостныя, чѣмъ, повидимому, предполагалъ докладчикъ. Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что рѣшеніе Сената едва ли можно считать дѣлающимъ эпоху въ нашей гражданско-правовой сферѣ, какъ полагаетъ, повидимому, докладчикъ.

Докладчикъ С. А. Бѣляцкинъ благодаритъ оппонентовъ за высказанныя ими возраженія, хотя оговаривается, что по всѣмъ вопросамъ, которые дебатировались, онъ остается при прежнемъ мнѣніи. Основной вопросъ гласитъ: нужно ли вводить легатъ въ систему гражданскаго права? Каждый человѣкъ можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ такъ, какъ ему угодно. Ограниченія, встрѣчаемыя имъ, могутъ носить только публично-правовой характеръ. Исходя изъ того положенія, что человѣкъ можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ по своему усмотрѣнію, пока тѣмъ самымъ не нарушаются интересы третьихъ лицъ, слѣдуетъ придти къ выводу, не только о желательности, но и необходимости введенія легата. Говорятъ, что этотъ институтъ римскій, и поэтому его нужно изгнать. Не

принадлежа къ числу поклонниковъ слѣпого подражанія римскимъ образцамъ, тѣмъ не менѣе, докладчикъ находитъ, что если институтъ полезный, то почему же его не ввести въ систему права, даже при условіи его римскаго происхожденія? Вся исторія развитія легата говоритъ за введеніе этого института. Здѣсь говорилось объ удачномъ разрѣшеніи проектомъ вопроса о легатѣ; наоборотъ, по мнѣнію докладчика, въ этомъ вопросѣ проектъ стоитъ на распутьи. Одно изъ двухъ: или легатъ есть или его нѣтъ. Все отличіе легатарія отъ наслѣдника, говорилось здѣсь далѣе, лишь въ одномъ названіи. Но это не такъ. Въ Германіи, напримѣръ, судьѣ даются директивы, въ силу которыхъ онъ имѣетъ возможность отличить легатарія отъ наслѣдника. Въ законодательствахъ этому вопросу посвящены цѣлыя главы. Правда, дѣло обходится не безъ трудностей, но трудность не должна исключать возможность разрѣшенія вопроса. Тутъ предполагалось освобождать отъ отвѣтственности тѣхъ лицъ, получившихъ имущество, по завѣщанію, доля которыхъ не превышаетъ извѣстнаго процента съ общаго имущества наслѣдодателя. Но этотъ путь представляетъ непреодолимыя препятствія, такъ какъ сплошь и рядомъ невозможно опредѣлить отношеніе цѣнностей имущества. Предлагалось предоставить право кредитору вчинить искъ противъ любого наслѣдника, давъ послѣднему право регресса. Предположимъ, что нѣкто отказываетъ часть своего имущества университету для учрежденія стипендіи. Значитъ, кредиторы могутъ предъявить взысканія къ унивеситетамъ, а послѣдніе путемъ регресса свести счеты съ остальными наслѣдниками? Указывалось, что со введеніемъ легата нельзя ожидать упрощенія процессуальнаго свойства при искѣ объ уничтоженіи завѣщанія, такъ какъ въ силу ст. 4 уг. с. нужно привлекать всѣхъ лицъ, имѣющихъ интересъ. Но 4 ст. уг. с. говоритъ не о всякомъ интересѣ, а только объ интересѣ юридическомъ. По глубокому убѣжденію докладчика трудно себѣ представить, чтобы наслѣдодатель оставляя повару 75 рублей, имѣлъ въ въ виду сдѣлать его отвѣтственнымъ за свои долги въ соотвѣтствующей долѣ. При существующихъ формахъ наслѣдованія по завѣщанію, безъ введенія легата, въ случаѣ, если отпадаетъ одинъ наслѣдникъ, то доля его остается внѣ завѣщательныхъ распоряженій и какъ таковая переходитъ къ законнымъ наслѣдникамъ, а не наслѣдникамъ по завѣщанію. И вотъ, если окажется, что отказана извѣстная сумма, какъ

это было по дѣлу Щегловой 300 руб. и отказопринимателъ умеръ раньше открытія наслѣдства, то Сенатъ оставаясь на почвѣ двухъ наслѣдствъ не могъ иначе объяснить, почему эти 300 руб. должны отойти въ массу имущества наслѣдника по завѣщанію, а не сдѣлаться имуществомъ внѣ завѣщательныхъ распоряженій, какъ только введеніемъ понятія легата.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ въ заключительномъ словѣ благодарилъ докладчика за интересный докладъ.

Засѣданіе закрыто въ $11^3/_4$ час.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

16 ноября 1909 года.

Засѣданіе открылось въ $8^3/_4$ ч. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій явился докладъ дѣйствительнаго члена общества *А. А. Пиленко*: *„Замѣчанія на принятый Государственною Думою законопроектъ объ авторскомъ правѣ* (по поводу предстоящаго разсмотрѣнія его въ Государственномъ Совѣтѣ)“.

Положенія доклада:

1) Система законопроекта не выдержана, въ особенности по отношенію къ „общей части“, въ послѣдній моментъ возникшей. Практическія неудобства, изъ сего вытекающія.

2) Терминологія законопроекта чрезвычайно пестра. Практическія неудобства, изъ сего проистекающія.

3) Рядъ мелкихъ неудачныхъ постановленій, неудачныхъ не вслѣдствіе принципіально-неправильной постановки вопросовъ, а просто по недосмотру.

Сущность доклада *А. А. Пиленко* сводилась къ слѣдующему:

Настоящій докладъ имѣетъ цѣлью подвергнуть критикѣ нѣкоторыя статьи внесеннаго на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта, уже одобреннаго Государственной Думой проекта закона объ авторскомъ правѣ. Годъ тому назадъ, передъ обсужденіемъ проекта въ Государственной Думѣ, докладчикъ представилъ юридическому обществу два доклада [1]), результатомъ

[1]) См. Труды Юридич. Общества, т. I, стр. 155 и 164.

коихъ было исправленіе нѣкоторыхъ недостатковъ законопроекта въ Госуд. Думѣ. Однако и въ настоящемъ видѣ законъ представляется далеко не свободнымъ отъ недостатковъ, и указать на нихъ докладчикъ, уже поработавшій въ первомъ фазисѣ его возникновенія, считаетъ своей обязанностью.

Переходя къ существу вопроса, А. А. Пиленко прежде всего указываетъ на то, что исходной точкой при созданіи закона объ авторскомъ правѣ, основнымъ его принципомъ должно быть то положеніе, что интересы автора заслуживаютъ всемѣрной и возможно полной защиты противъ желающихъ воспользоваться чужимъ трудомъ и творчествомъ, и при коллизіи интересовъ автора съ интересами контрафактора, законъ долженъ дать безусловную защиту первымъ, преслѣдуя всѣ возможныя проявленія контрафакціи. Съ этой точки зрѣнія проектъ закона представляется нѣсколько несовершеннымъ. Всѣ почти недостатки происходятъ отъ недостаточной разработки общей части. Многія положенія, которыя должны были найти свое мѣсто именно въ общей части, разсѣяны по разнымъ спеціальнымъ главамъ проекта, причемъ различныя отрасли авторскихъ правъ лишаются своей защиты и, наоборотъ, нѣкоторыя нормы, относящіяся къ той или другой спеціальной категоріи творчества, помѣщены въ общую часть. Между тѣмъ общая часть, введенная въ проектъ закона благодаря указаннымъ докладамъ въ юридическомъ обществѣ (первоначальный проектъ вовсе общей части не имѣлъ) представляется особенно цѣнной и ея дефекты должны неминуемо отразиться весьма печально на всѣхъ остальныхъ спеціальныхъ главахъ въ отдѣльности. Къ цѣннымъ достоинствамъ закона, въ нынѣшнемъ его видѣ, слѣдуетъ несомнѣнно отнести связанную съ правильною выработкою общей части, абстрактность нормъ въ отличіе отъ конкретной казуистики нынѣшнихъ правилъ, нормирующихъ правоотношенія на почвѣ авторскаго права. Естественнымъ коррелятомъ этой абстрактной системы является расширеніе судебнаго усмотрѣнія, представляющее также большое достоинство закона.—Проектъ закона совершенно свободенъ также отъ чисто механическихъ пріемовъ исчисленія при оцѣнкѣ вопроса о границахъ запрещенной контрафакціи.

Засимъ, переходя къ критикѣ отдѣльныхъ статей закона, докладчикъ останавливается прежде всего на 25 статьѣ. Первая половина этой статьи, воспрещающая публичное изложеніе не-

появившагося еще въ свѣтъ литературнаго произведенія, должна была, какъ норма общаго характера, одинаково примѣнимая ко всѣмъ проявленіямъ творчества какъ литературнаго, такъ и музыкальнаго, и художественнаго, занять свое мѣсто, при нѣсколько измѣненной, конечно, редакціи, въ общей части, а вторая половина той же статьи, воспрещающая опубликованіе содержанія, является совершенно излишней, въ виду достаточной защиты, предоставляемой для такихъ случаевъ статьями 2-й и 3-й проекта закона.

По существу своему нежелательной представляется имѣющая нѣкоторое отношеніе къ только что разсмотрѣнной статьѣ, статья 53-я пунктъ 2-й. Совершенно непонятнымъ представляется, почему для предусмотрѣнныхъ этой статьей случаевъ нужно было установить презумпцію дозволенія. Правильнѣе было бы, не дѣлая для этихъ случаевъ никакого исключенія, установить общій принципъ воспрещенія публичнаго изложенія или выставленія или исполненія чужой авторской собственности безъ особаго на то разрѣшенія автора, и соотвѣтствующую норму помѣстить въ общей части.

Ею обнимались бы и случаи, предусмотрѣнные статьей 25, и случаи, о коихъ рѣчь идетъ въ статьѣ 53 п. 2-й и 46-й, причемъ выгода заключалась бы, помимо законодательной экономики, въ послѣдовательномъ проведеніи единаго принципа.

Равнымъ образомъ и 27-ю статью докладчикъ полагаетъ болѣе цѣлесообразнымъ помѣстить въ общей части, дабы придать ей болѣе общій характеръ. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ не заслуживаетъ такой же защиты, какъ собственникъ дневника, такъ и художникъ, успѣвшій пока только набросить первые штрихи своего произведенія, и засимъ къ ужасу своему узнающій, что излишняя добросовѣстная или недобросовѣстная болтливость его друга-пріятеля сдѣлала достояніемъ широкой публики задуманную имъ идею и лишила такимъ образомъ эту идею прелести новизны? То же относится къ музыканту, успѣвшему написать только какіе-нибудь контрапунктическія замѣтки.

Но независимо отъ указаннаго недостатка этой статьи (27) нельзя не остановиться и на другомъ ея несовершенствѣ. Запрещается ею изданіе; между тѣмъ авторское право не исчерпывается однимъ только правомъ изданія. На ряду съ изданіемъ, одинаковой защиты заслуживаютъ всѣ вообще права, относящіяся къ авторскому праву.

Итакъ расширеніе, какъ экстенсивное въ смыслѣ распространенія ея на всѣ произведенія индивидуальнаго творчества, а не только литературнаго, такъ и интенсивное — въ смыслѣ распространенія силы статьи на всѣ права, составляющія содержаніе авторскаго права, а не только права изданія,—вотъ тѣ два начала, въ направленіи которыхъ подлежитъ исправленію разобранная 27-я статья.

Аналогичный только-что указанному недостатокъ содержатъ статья 30 и статья 42 проекта.

Содержаніе ихъ—защита литературныхъ и музыкальныхъ произведеній, изданныхъ за границей. Художественныя произведенія лишены этой защиты. Исключеніе, какъ это видно изъ матеріаловъ, было умышленное, и принятый текстъ исторически объясняется тѣми шагами, которые дѣлались неоднократно заинтересованными иностранными государствами и лицами въ направленіи огражденія, главнымъ образомъ, заграничныхъ литературныхъ изданій. Между тѣмъ, развѣ гравюры съ художественныхъ произведеній не представляются такимъ же нарушеніемъ авторскаго права, какъ изданіе въ Россіи уже изданнаго за границей литературнаго или музыкальнаго произведенія? Тутъ явная непослѣдовательность, которая должна быть своевременно устранена.

Лишнею представляется въ проектѣ закона статья 34-я, ограждающая право переводчика на его переводъ (это право слѣдуетъ отличать отъ права исключительнаго перевода); право на свой переводъ, какъ право на всякое литературное произведеніе, ограждено въ достаточной мѣрѣ статьей 2-й Проекта.

Между тѣмъ, отдѣльное упоминаніе въ главѣ о литературныхъ произведеніяхъ о правѣ на переводъ, какъ бы оставляетъ открытымъ вопросъ о правѣ на транскрипцію музыкальнаго произведенія. Неужели таковая не ограждается? Конечно, такой выводъ меньше всего имѣлся въ виду законодателемъ; во всякомъ случаѣ въ этомъ вопросѣ есть, въ виду 34-й статьи, нѣкоторая неопредѣленность. Ея не было бы, если бы принципъ, выраженный спеціально въ 34 статьѣ, былъ облеченъ въ форму общей нормы, защищающей творчество, какъ основное, такъ и параллельное.

Не на мѣстѣ оказываются въ проектѣ статья 43-я, относящаяся къ огражденію не музыкальной, а литературной собственности, и статья $10\frac{1}{2}$.

Послѣдняя, имѣющая предметомъ своимъ огражденіе спеціально фотографическихъ произведеній, должна была быть помѣщена въ главѣ 5-й, о фотографическихъ произведеніяхъ. То же слѣдуетъ сказать и о примѣчаніи къ статьѣ 22-й, относящейся спеціально къ фонографическому искусству. Эта послѣдняя норма имѣетъ большое значеніе. Принятіе ея въ проектъ есть личная заслуга покойнаго О. Я. Пергамента. Къ сожалѣнію, редакція закона представляется несовершенной. Дѣло въ томъ, что закону слѣдовало взять подъ свою защиту всѣ тѣ различные авторскіе интересы, которые соединяетъ въ себѣ фонографическая промышленность: а) интересъ композитора, б) интересъ исполнителя и в) интересъ оператора. Ошибочно было бы предполагать, что работа послѣдняго есть работа чисто механическая. Операторъ фонографическій долженъ быть самъ художникомъ, чтобы умѣть приспособить всю массу тонкихъ техническихъ пріемовъ къ индивидуальнымъ особенностямъ каждаго отдѣльнаго исполнителя.

Защита интересовъ, заключающихся въ фонографическомъ искусствѣ, предусмотрѣна въ двухъ статьяхъ: въ разбираемомъ примѣчаніи къ статьѣ 22-й и въ статьѣ 40-й п. 1-й. Послѣдняя статья ограждаетъ композитора отъ контрафактора-фонографиста. Первая же (прим. къ 22-й статьѣ) защищаетъ самого фонографиста. Относясь къ спеціальной области, правило это неправильно помѣщено въ общей части. Практическія неудобства въ смыслѣ затрудненій при истолкованіи этой статьи судьями могутъ быть весьма большія.

Неудачна также, по существу своему и статья 48-я. Между тѣмъ законъ, установляя только для одной категоріи произведеній (драматическихъ и музыкально-драматическихъ) обязанность вознаградить за убытки, независимо отъ имущественной пользы контрафактора, не только оставляетъ вопросъ о вознагражденіи за безкорыстную контрафакцію въ другихъ областяхъ открытымъ, но даже какъ бы предрѣшаетъ его, даетъ основаніе путемъ argumentum a contrario предрѣшить его въ отрицательномъ смыслѣ. Результатъ весьма нежелательный, и дабы избѣгнуть его, необходимо ввести общую норму, аналогичную спеціальной 48-й, которая установляла бы общую обязанность вознаграждать за убытки, независимо отъ имущественной пользы контрафактора.

Статья 51-я должна была быть такъ редактирована, чтобы

отнесенная къ общей части, она могла бы оградить всѣ произведенія индивидуальнаго творчества.

Рѣзкой критикѣ подвергаетъ докладчикъ статьи 52—54, заключающія въ себѣ перечень того, что дозволено и что запрещено; между дозволеннымъ и запрещеннымъ остаются случаи закономъ не предусмотрѣнные, и по поводу ихъ на практикѣ будутъ возникать недоразумѣнія, толкуемыя то въ ту, то въ другую сторону. Въ частности, въ отношеніи этихъ статей слѣдуетъ замѣтить: а) статья 53 пунктъ 2-й содержитъ трудно поддающіяся толкованію слова: „другимъ способомъ, относящимся къ тому же роду искусства"; б) совершенно лишнимъ представляется пунктъ I-й 54 статьи, такъ какъ живопись не переводится въ скульптуру и наоборотъ; единственное изъ сего исключеніе—фотографированье произведеній ваятельнаго искусства—слѣдовало бы спеціальной статьей запретить.

Рѣзко также осуждаетъ докладчикъ принятую, по предложенію депутата Шубинскаго, поправку къ статьѣ 40-й, устанавливающую принудительное отчужденіе авторской собственности. Докладчикъ удивляется, какъ 3 Государственная Дума, столь твердая въ вопросѣ объ охранѣ права частной собственности, ввела въ институтъ авторскаго права—принципъ принудительнаго отчужденія. Ничьи интересы этого не оправдываютъ. Наконецъ статья 52, установляющая право снятія копіи съ художественныхъ произведеній, находящихся въ общественныхъ учрежденіяхъ, и безъ согласія автора, при условіи однакоже непосредственнаго пріобрѣтенія отъ художника для даннаго общественнаго учрежденія, представляется совершенно лишней, вслѣдствіе практической маловажности этой статьи, и крупныхъ неудобствъ, ею порождаемыхъ. На практикѣ эта статья поведетъ или къ тому, что при непосредственномъ переходѣ художественнаго произведенія отъ его автора къ общественному учрежденію, пріобрѣтающему таковое для его выставленія, художникъ, продавая, обусловитъ продажу запрещеніемъ снимать копіи съ своего художественнаго произведенія безъ его особаго каждый разъ согласія, или къ тому, что общественныя учрежденія должны будутъ платить значительно болѣе дорогія цѣны для непосредственнаго отъ художника пріобрѣтенія произведенія.

Послѣ доклада открылись пренія.

*М. Я. Церамент*ъ возражаетъ прежде всего противъ попытки докладчика такъ сильно расширить рамки общей части.

Законодательный опытъ послѣдняго времени и серьезныя методологическія изслѣдованія значительно пошатнули вѣру въ годность общей части, какъ средства противъ излишней и вредной конкретизаціи нормъ. Противъ общей части высказывались за послѣднее время такіе крупные авторитеты, какъ Huber, Zitelmann, Neumann. Щвейцарское Гражданское Уложеніе не знаетъ общей части, точно также не знаетъ его и законъ объ авторскомъ правѣ въ Германіи. Слѣдуетъ весьма осторожно относиться къ этимъ попыткамъ слишкомъ широкаго обобщенія, ибо qui embrasse trop, n'embrasse rien. По вопросу о расширеніи судейскаго усмотрѣнія оппонентъ, соглашаясь съ докладчикомъ, привѣтствуетъ это положеніе, являющееся общепризнаннымъ принципомъ законодательнаго творчества.

Переходя къ критикѣ отдѣльныхъ статей, оппонентъ во 1-хъ указываетъ, что статья 25-я, въ своей 2-й части, трактующая о воспрещеніи передачи содержанія, врядъ ли можетъ быть тождественной со статьей 2-й (по своему содержанію). Понятіе содержанія произведенія есть нѣчто отличное отъ понятія самого произведенія. Воспрещеніе передачи содержанія расширяетъ ту защиту, которая въ отношеніи литературныхъ произведеній предоставляется статьей 2-й и потому представляется вовсе нелишней, какъ полагаетъ докладчикъ. Также нелишней представляется статья 34-я, трактующая о переводѣ. Переводъ есть творчество не самостоятельное, а зависимое по содержанію своему отъ оригинала, и посему подчеркнуть его огражденіе закономъ представлялось болѣе, чѣмъ необходимымъ. Другое дѣло съ транскрипціей: тутъ передъ нами новое произведеніе музыкальнаго творчества, и какъ таковое, конечно, ограждается въ силу основного принципа авторскаго права.

Ф. А. Вальтеръ указываетъ на то, что Министерство Юстиціи, предлагая въ своемъ проектѣ предоставить защиту иностраннымъ литературнымъ и музыкальнымъ произведеніямъ, сознательно отказало въ этой защитѣ произведеніямъ художественнымъ, исходя изъ того соображенія, что воспроизведеніе въ этой области съ такой точностью безъ внесенія новаго творческаго элемента представляется почти немыслимымъ. Вотъ почему авторы министерскаго проекта не включили статьи, воспрещающей въ области художественныхъ произведеній то, что въ области литературной и художественной

воспрещено статьями 31-й и 42-й. По вопросу о толкованіи примѣчанія къ 22-й статьѣ, оппонентъ указываетъ, что законъ, по мнѣнію его составителей, долженъ защитить всѣ указанные докладчикомъ тройкіе интересы: а) интересъ композитора (поскольку ему окажется недостаточной защита, предоставленная статьей 40-й); б) интересъ исполнителя и в) интересъ оператора-фонографиста. Слѣдуетъ, однако же, признать правильнымъ указаніе докладчика на неудачное помѣщеніе этого правила въ общей части, какъ примѣчанія къ 22 статьѣ.

А. А. Шиленко признаетъ крайне желательнымъ, чтобы то указаніе, которое сдѣлалъ Ф. А. Вальтеръ по вопросу о толкованіи примѣчанія къ 22 статьѣ и о неправильномъ его помѣщеніи въ общей части, послужило матеріаломъ для Государственнаго Совѣта, такъ какъ такое упоминаніе о толкованіи сего правила самими составителями должно обезпечить за статьей то широкое примѣненіе, которое, въ виду высказанныхъ соображеній, представляется единственно правильнымъ. Отвѣчая на возраженіе М. Я. Пергамента по вопросу объ опасности слишкомъ далеко идущихъ обобщеній, докладчикъ, соглашаясь съ тѣмъ, что при установленіи общей части слѣдуетъ быть особо осторожнымъ, считаетъ тѣмъ не менѣе общую часть необходимой составной частью закона. Общая часть, представляя какъ бы общій коэффиціентъ, выводимый за скобки всѣхъ спеціальныхъ, слѣдующихъ за нею частей, облегчаетъ разрѣшеніе конкретныхъ случаевъ и, главное, способствуетъ проведенію послѣдовательной системы въ родственныхъ между собою областяхъ. Иначе пришлось бы примѣнить ссылочную систему, которая, помимо чисто техническихъ затрудненій, вводитъ весьма часто большую путаницу въ ясномъ послѣдовательномъ, единообразномъ проведеніи одного и того же принципа.

По вопросу о значеніи второй части статьи 25, трактующей объ опубликованіи содержанія, докладчикъ соглашается съ возраженіемъ М. Я. Пергамента.

Д. Д. Гриммъ заявляетъ, что какъ членъ Государственнаго Совѣта, входящій въ составъ комиссіи Государственнаго Совѣта по разсмотрѣнію даннаго законопроекта, онъ съ интересомъ выслушалъ многія замѣчанія и приметъ ихъ во вниманіе, въ особенности замѣчаніе о неумѣстности примѣчанія въ 22 статьѣ и о необходимости перенести это правило въ спеціальный отдѣлъ.

По вопросу объ общей части проф. Д. Д. Гриммъ соглашается съ профессоромъ М. Я. Пергаментомъ и полагаетъ, что общая часть на пути своего осуществленія встрѣтитъ подчасъ неодолимыя препятствія. Какъ примѣръ, возьмемъ хотя бы право перевода, транскрипцій, репродукцій и т. д. Какимъ образомъ и въ какой формѣ было бы возможно свести такое разнокалиберное понятіе къ общей части? Необходимо вводить, нерѣдко, въ спеціальныя главы, дополнительныя къ общимъ положеніямъ нормы для ихъ поясненія, такъ какъ примѣнимость общаго правила въ томъ видѣ, какъ оно изложено, къ тому или другому конкретному случаю представляется довольно часто сопряженной съ большими затрудненіями. Примѣръ тому— статья 8, установляющая для всѣхъ договоровъ объ отчужденіи авторскаго права обязательность письменной формы. Опаснымъ представляется, по мнѣнію оппонента, предоставленіе слишкомъ широкаго усмотрѣнія судьѣ. Въ гражданскомъ правѣ необходимы твердыя и опредѣленныя нормы, ставящія судьбу гражданскихъ споровъ въ зависимость отъ объективнаго значенія закона, а не отъ субъективнаго усмотрѣнія судьи. Вотъ почему представляется желательной возможная конкретизація системы нормъ. Что касается недостатковъ, указанныхъ докладчикомъ въ отношеніи 34 и другихъ статей, оппонентъ, соглашаясь съ докладчикомъ, приметъ ихъ къ свѣдѣнію.

М. М. Винаверъ, соглашаясь съ замѣчаніями, сдѣланными по поводу неправильнаго помѣщенія 27 статьи и статьи 43, останавливается болѣе подробно на попыткѣ докладчика дать общей части возможно болѣе полный объемъ. Попытка эта, по мнѣнію оппонента, представляется дѣйствительно опасной. Общая часть составляется изъ безспорныхъ, твердыхъ, прочно установленныхъ нормъ, одинаково примѣнимыхъ въ каждомъ отдѣльномъ спеціальномъ случаѣ. Но наскоро вводить несозрѣвшія нормы, только въ виду ихъ формальной общности, для того, чтобы затѣмъ дедуктивнымъ путемъ, исходя изъ нѣсколько гипотетически установленной общей нормы, искать разрѣшенія для юридическихъ отношеній спеціальнаго свойства, представляется задачей съ весьма гадательнымъ результатомъ. Общія нормы должны жить въ сознаніи, ранѣе чѣмъ ихъ рѣшаются вводить въ законъ. Иначе рискуешь соединить внутренно разнородное. Для иллюстраціи достаточно взять тѣ же случаи перевода, транскрипціи и репродукціи. Явленія юридически и психологически

совершенно разныя. Самая сущность перевода, самое возникновеніе этого понятія объясняется свойствомъ человѣческой рѣчи, разноязычіемъ населяющихъ вселенную народовъ. Ничего подобнаго нельзя сказать ни о звукахъ, ни объ ощущеніи линій и красокъ. Такое различіе въ источникѣ, очевидно, гораздо рѣшительнѣе разобщаетъ всѣ три понятія, чѣмъ объединяетъ ихъ внѣшняя черта, указанная докладчикомъ. Потому устанавливать для всѣхъ этихъ разнородныхъ явленій одну и ту же норму, и таковую вывести за скобки, представляется пока невозможнымъ.

А. А. Пиленко защищаетъ необходимость распространенія защиты авторскаго права въ возможно полной формѣ на всѣ проявленія творчества. Общая часть представляется однимъ изъ средствъ для достиженія этой цѣли, но поскольку это средство окажется недостижимымъ, остаются другіе пути: ссылки, повторенія и т. д. Не слѣдуетъ однако терять изъ виду, что система повторенія представляется чреватой подчасъ большими опасностями, открывая путь недобросовѣстному шиканированію. Для иллюстраціи докладчикъ ссылается на систематическій разборъ статей 17, 37, 41 пунктъ 2 и 54 пунктъ 2. Первая изъ нихъ содержитъ общее указаніе на обязанность указать источникъ при допускаемыхъ закономъ заимствованіяхъ; засимъ статьи 37, 41 и 54 устанавливаютъ случаи допускаемаго закономъ заимствованія, каждая для отдѣльной отрасли творчества: а) литературнаго, б) музыкальнаго и в) художественнаго. Изъ этихъ статей только послѣдняя содержитъ указаніе expressis verbis на ту обязанность, о которой въ общей части говорится въ статьѣ 17. Изъ умолчанія въ остальныхъ статьяхъ о ней, путемъ сопоставленія текста этихъ статей со статьей 54 пунктъ 2, можно заключить, что законъ въ первыхъ двухъ статьяхъ, 37 и 41, говоря о литературныхъ и музыкальныхъ заимствованіяхъ, не устанавливаетъ вовсе обязанности, какъ это имѣетъ мѣсто въ статьѣ 54 пунктъ 2, указать на автора заимствуемаго произведенія. Выводъ, конечно, неправильный, но возможность шиканированія открыта, и подобныя недоразумѣнія могутъ всегда возникать при системѣ повторенія.

Аналогичныя затрудненія представляетъ толкованіе только что разобранныхъ статей 37, 41 и 54-й п. 2 и въ другомъ отношеніи. Всѣ онѣ трактуютъ о дозволенныхъ закономъ заим-

ствованіяхъ, помѣщаемыхъ въ изданіяхъ, предназначенныхъ для учебныхъ и ученыхъ цѣлей, въ такъ называемыхъ хрестоматіяхъ. Между тѣмъ понятіе хрестоматіи различно опредѣляется въ каждой изъ этихъ статей, открывая такимъ образомъ поле для добросовѣстныхъ и недобросовѣстныхъ недоразумѣній и споровъ.

А. Е. Бродскій находитъ всѣ указанія докладчика по поводу общей части правильными. Судебная практика доказываетъ, какіе печальные результаты получаются благодаря отсутствію общей части; малѣйшее различіе въ текстѣ соотвѣтствующихъ другъ другу по содержанію нормъ различныхъ главъ влечетъ всегда путаницу въ понятіяхъ, всегда удобную для возможныхъ злоупотребленій со стороны ищущихъ воспользоваться чужимъ трудомъ. Правильно также указаніе докладчика на необходимость запрещенія репродукцій иностранныхъ художественныхъ произведеній; примѣръ возможныхъ злоупотребленій: перепечатка модъ. Наконецъ оппонентъ привѣтствуетъ расширеніе судейскаго усмотрѣнія.

С. А. Бѣляцкинъ указываетъ на необходимость ввести вознагражденіе также за неимущественный, такъ называемый моральный интересъ. Авторское право par excellence изобилуетъ случаями моральнаго вреда. Необходимо также обобщить принципъ, выраженный въ статьѣ 48-й.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ, выражая отъ имени собранія благодарность докладчику за интересный докладъ, высказываетъ надежду, что настоящій докладъ будетъ принятъ во вниманіе при обсужденіи законопроекта въ Государственномъ Совѣтѣ.

Засѣданіе закрыто въ $11^{3}/_{4}$ ч.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

27 ноября 1909 года.

Засѣданіе открыто въ $8^{3}/_{4}$ час. вечера, подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества, *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій служила бесѣда, предложенная членомъ Государственной Думы *К. К. Черносвитовымъ*, на тему:

„Нововведенія въ гражданскомъ процессѣ по законопроекту о мѣстномъ судѣ".

Докладчикъ *К. К. Черносвитовъ* намѣтилъ предметъ бесѣды слѣдующимъ образомъ:

Проектируя для будущаго мирового института правила гражданскаго процесса, министерство юстиціи и комиссія по судебнымъ реформамъ Государственной Думы держались пріемовъ исправленія дѣйствовавшаго прежде текста Судебныхъ Уставовъ. Общихъ основаній реформы гражданскаго процесса заранѣе, ни министерство, ни комиссія не намѣчали. Министерство еще ставило себѣ задачею — приближеніе суда къ населенію и упрощеніе формъ обрядовъ судопроизводства для ускоренія движенія дѣлъ. Комиссія же Государственной Думы за основаніе своихъ работъ приняла текстъ министерскаго законопроекта, и не ставила передъ собою никакихъ другихъ задачъ, кромѣ обработки и критики этого текста.

Источниками нововведеній въ гражданскомъ процессѣ для министерскаго проекта послужили труды комиссіи по пересмотру законоположеній по судебной части и дѣйствовавшія правила о производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введено въ дѣйствіе положеніе о земскихъ начальникахъ. Эти заимствованія или прямо указываются въ текстѣ законопроекта или легко открываются путемъ сопоставленія текста министерскаго законопроекта съ названными трудами и правилами.

Такое направленіе хода работъ думской комиссіи предопредѣлило, за самыми ничтожными измѣненіями, сохраненіе въ текстѣ законопроекта редакціи, предложенной министромъ юстиціи. Въ то же время и установленіе того, что представлялось бы новшествомъ, по сравненію съ старыми порядками, въ текстѣ министерства значительно облегчилось. Сопоставленіе постатейное редакціи судебныхъ уставовъ и вновь проектированныхъ правилъ даетъ рѣшеніе поставленной задачи.

Извлекая указаннымъ путемъ изъ текста правилъ гражданскаго судопроизводства, предложеннаго думской комиссіей на обсужденіе общаго собранія Государственной Думы, все приносящее измѣненія въ положенія Судебныхъ Уставовъ, необходимо распредѣлить этотъ матеріалъ по извѣстной схемѣ. Такой пріемъ облегчитъ пониманіе проектируемыхъ измѣненій и сообщитъ связность изложенію; онъ неизбѣженъ, наконецъ, при всякой по-

пыткѣ къ систематизаціи того, что представляется въ законопроектѣ новымъ, попыткѣ хотя бы и не преслѣдующей задачи критики.

Однако отсутствіе общихъ основаній въ проектируемыхъ измѣненіяхъ усложняетъ задачу систематизаціи. Всякая принимаемая схема будетъ, несомнѣнно, искусственной. Относимыя къ одной группѣ схемы положенія законопроекта могутъ быть отнесены по инымъ соображеніямъ къ другой; сами по себѣ, по своему характеру, одни и тѣ же положенія законопроекта могутъ быть относимы къ нѣсколькимъ, а не къ одной только группѣ схемы.

Съ указанной оговоркой и исходя изъ того положенія, что реформа процессуальныхъ порядковъ сводится къ установленію нормъ, полнѣе обезпечивающихъ успѣшное отправленіе правосудія, въ законопроектѣ о гражданскомъ судопроизводствѣ въ мѣстномъ судѣ могутъ быть отмѣчены нижеслѣдующія группы новыхъ положеній:

Первая группа обнимаетъ положенія, не затрагивающія вовсе основныхъ началъ процесса. Въ ней по преимуществу заключаются правила, направленныя къ упрощенію процессуальныхъ порядковъ, или къ перенесенію въ процессъ мировыхъ судей правилъ, дѣйствующихъ въ общемъ гражданскомъ процессѣ, или наконецъ къ исключенію изъ процесса такихъ формъ, которыя не примѣняются въ жизни. Эта группа правилъ не вноситъ въ процессуальные порядки измѣненій по существу; въ ней только поясняются примѣнявшіяся формы процесса, или исключаются вовсе тѣ, которыя пережили себя.

Вторая группа вноситъ такія положенія, которыя представляются безспорно новыми, но введеніемъ ихъ законодатель преслѣдуетъ цѣли особаго характера. Эти положенія могутъ затрагивать общія основанія процесса, но могутъ ихъ и не затрагивать. Проектируя ихъ, министерство юстиціи не желало измѣнять основныхъ началъ процесса, но преслѣдовало побочныя цѣли— ускоренія дѣлопроизводства и, главнѣйшимъ образомъ, перемѣщенія дѣлъ изъ общихъ судебныхъ мѣстъ въ мировыя.

Третья группа, — это положенія до настоящаго времени неизвѣстныя русскому гражданскому процессу. Въ нихъ съ наибольшей силой проявляется реформаторская работа министерства. Эти положенія вносятъ усовершенствованія въ процессуальные порядки и захватываютъ главнѣйшимъ образомъ область охранительнаго производства. Однако ими не затрагиваются общія основныя начала процесса.

Послѣдняя, четвертая группа представляетъ наибольшій интересъ. Положенія, относимыя къ ней, въ значительной степени затрагиваютъ основныя начала процесса, равноправность сторонъ и подчиненіе судьи закону, а не собственному усмотрѣнію. Проектируя ихъ, министерство можетъ быть преслѣдовало лишь тѣ же цѣли ускоренія дѣлопроизводства, но по своему характеру эти положенія могутъ составить въ процессуальныхъ порядкахъ шагъ назадъ по сравненію съ нормами процесса по судебнымъ уставамъ.

Перехожу къ разсмотрѣнію упомянутыхъ группъ въ отдѣльности.

Въ *первой* группѣ измѣненій слѣдуетъ указать на 68[1] ст. проекта. Ею, для упрощенія сношеній тяжущихся съ судомъ, устанавливается словесная форма ихъ. Всѣ заявленія, жалобы, отзывы могутъ быть излагаемы у мировыхъ судей словесно. Письменная форма сохраняется только для аппелляціонныхъ жалобъ. Статья 57-я предоставляетъ судьѣ право потребовать отъ стороны, ссылающейся на письменныя доказательства, представленія ихъ настолько заблаговременно, чтобы противная сторона могла съ ними ознакомиться. Въ статьѣ 142 устанавливается правило, дѣйствующее уже въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, въ силу котораго, при изложеніи рѣшеній въ окончательной формѣ, мировые судьи освобождаются отъ обязанности излагать обстоятельства дѣла. Нельзя не усумниться въ цѣлесообразности такого упрощенія; на практикѣ можетъ получиться необычайное заваливаніе мирового судьи всякаго рода устными заявленіями, ходатайствами, жалобами и т. д.

Далѣе, въ цѣломъ рядѣ статей вводятся положенія общаго гражданскаго процесса. Таковы правила относительно возвращенія и оставленія безъ движенія исковыхъ просьбъ, привлеченія и вступленія въ дѣло третьихъ лицъ. Не допускается лишь вступленіе въ дѣло третьихъ лицъ съ самостоятельнымъ искомъ (665 ст. Уст. Гр. Суд.). При этомъ устраняется все письменное производство по привлеченію и вступленію въ дѣло третьихъ лицъ, противная сторона лишь извѣщается о фактѣ вступленія въ дѣло третьяго лица.

Тѣ же дѣйствующія въ общихъ судебныхъ мѣстахъ правила о порядкѣ производства по сомнѣнію въ подлинности и по спору о подлогѣ, который передается въ вѣдѣніе мировыхъ судей, устанавливаются и для мирового суда. Комиссія добавила лишь въ статьѣ 109[8], какъ способъ изслѣдованія акта, оспореннаго въ

подлинности, химическую или судебно-фотографическую экспертизу, съ правомъ обращенія къ содѣйствію лабораторіи при камерѣ Прокурора Петербургской Судебной Палаты. Въ статьѣ 110[1] проектъ раздѣляетъ акты, по которымъ предъявленъ споръ о подлогѣ на существенные, при рѣшеніи дѣла, и несущественные. По первымъ предъявленіе спора о подлогѣ не останавливаетъ производства дѣла. Если дѣло о подлогѣ обращалось къ уголовному порядку и въ оправдательномъ приговорѣ суда не было указано, признается ли актъ подложнымъ, то устанавливается правило, по которому мировой судья, по просьбѣ одной изъ сторонъ приступаетъ къ разсмотрѣнію вопроса о подлинности акта (ст. 111). Всѣ эти нововведенія, какъ ближе и точнѣе нормирующія процессульные порядки мировыхъ судей, врядъ-ли могутъ вызывать какія-либо возраженія.

Къ той же группѣ нововведеній должно быть отнесено и исключеніе изъ текста проекта законоположеній, нормирующихъ порядокъ разрѣшенія споровъ присягою одной изъ сторонъ. Этотъ пережитокъ когда-то примѣнявшейся очистительной присяги, правильно устраненъ изъ числа доказательствъ въ процессѣ. Практика показываетъ, что случаи обращенія къ такому способу доказательствъ, если не неизвѣстны вовсе, то исключительно рѣдки.

Первая группа могла бы быть значительно пополнена и не покрываетъ всѣхъ тѣхъ нововведеній пояснительнаго характера, которыя вводятся проектомъ. Однако постановленія эти такого мелкаго характера и такъ мало вносятъ измѣненій по существу дѣйствующихъ правилъ, что приведенными важнѣйшими изъ нихъ можно ограничиться.

Вторая группа проектируемыхъ измѣненій представляется наиболѣе центральной, такъ какъ въ ней съ большою ясностью сказалось стремленіе министерства разгрузить общія судебныя мѣста. На первомъ мѣстѣ должно быть указано значительное расширеніе подсудности. Къ вѣдѣнію мировыхъ судей отнесены: 1) иски по всякаго рода обязательствамъ, о вознагражденіи за ущербъ и убытки, о правахъ на движимое и недвижимое имущество до 1000 руб.; иски объ убыткахъ, если сумма ихъ неизвѣстна, также подсудны мировымъ судамъ, но въ томъ лишь случаѣ, если самъ истецъ опредѣляетъ ихъ не свыше 1000 руб., 2) иски о возстановленіи нарушеннаго или утраченнаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года, 3) иски о понудительномъ исполненіи по актамъ на всякую сумму (по прежнему остается

обезпеченіе доказательствъ и о нарушеніи права участія частнаго, если со времени нарушенія прошло не болѣе года). Не подсудны мировымъ судьямъ: 1) споры о привилегіяхъ, 2) споры о товарныхъ знакахъ и о правѣ на торговыя фирмы, 3) споры объ авторскомъ правѣ, 4) вытекающія изъ семейныхъ и брачныхъ отношеній споры, не имѣющіе имущественнаго характера. Къ этой же группѣ должно быть отнесено и значительное расширеніе компетенціи мировыхъ судей въ области охранительнаго производства. Къ вѣдомству мировыхъ судей, въ области охранительнаго производства, отнесены: вводъ во владѣніе безъ ограниченія какою-либо суммой,—распредѣленіе денегъ, уничтоженіе всякаго вида довѣренностей, внесеніе въ судъ на храненіе предметовъ обязательствъ и продажа ихъ съ публичнаго торга.

Правила, регулирующія охранительное производство, какъ представляющія значительныя усовершенствованія въ области процессуальныхъ порядковъ, подлежатъ болѣе подробному изложенію, при обсужденіи положеній, входящихъ въ третью группу. Здѣсь же слѣдуетъ обратить вниманіе на новый порядокъ распредѣленія денегъ. Все въ тѣхъ же цѣляхъ освобожденія отъ дѣлъ общихъ судебныхъ мѣстъ, проектъ комиссіи отступаетъ далеко отъ существующаго порядка. Какъ общее правило принимается распредѣленіе денегъ, независимо отъ ихъ суммы, тѣмъ судомъ, въ который они поступили; при этотъ принимается во вниманіе и то, откуда исходятъ исполнительные листы. Исполнительные листы общихъ судебныхъ установленій не служатъ препятствіемъ къ распредѣленію денегъ мировымъ судьею. Деньги, вырученныя отъ продажи движимости распредѣляются независимо отъ ихъ суммы тѣмъ мировымъ судьею, въ участкѣ коего производилась продажа. Распредѣленіе денегъ, вырученныхъ отъ продажи недвижимаго имущества, производится, смотря по мѣсту продажи, окружнымъ судомъ или предсѣдателемъ съѣзда.

Нельзя не отмѣтить, что съ приравненіемъ казны, въ порядкѣ обращенія подсудности, къ частнымъ лицамъ, кругъ вѣдомства мировыхъ судей по законопроекту намѣчается чрезвычайно широкій. На основаніи данныхъ, приложенныхъ мин. къ проекту, количество дѣлъ суммою до 1000 р. можетъ быть опредѣлено въ размѣрѣ 40% всего количества споровъ. Если даже не затрагивать вопроса о томъ, насколько отвѣчаетъ требованіямъ нормальнаго отправленія правосудія чрезмѣрное расширеніе области дѣлъ, такъ называемой мелкой юстиціи, то, во всякомъ случаѣ каза-

лось бы, слѣдуетъ обратить вниманіе на опасность переобремененія дѣлами и мировыхъ судебныхъ установленій.

Третья группа — усовершенствованія современныхъ процессуальныхъ порядковъ; какъ уже указывалось, они достигнуты преимущественно въ области охранительнаго процесса. Здѣсь совершенно переработаны правила о вводѣ во владѣніе. Законопроектъ отказывается отъ той точки зрѣнія дѣйствующаго законодательства, по которой вводъ практиковался какъ оглашеніе о переходѣ права собственности. Наведеніе справокъ о спорахъ объ актѣ и о запрещеніяхъ, препятствующихъ вводу, устраняется. Вводъ признается за актъ передачи, traditio недвижимаго имѣнія изъ рукъ бывшаго владѣльца въ руки пріобрѣтателя. Мировой судья долженъ удостовѣриться въ томъ, что актъ укрѣпленія устанавливаетъ права просителя на имѣніе, и что противъ акта не предъявлено уже иска. Вводъ совершается порядкомъ, установленнымъ для исполненія судебныхъ рѣшеній. Судебный приставъ, по исполнительному листу судьи, съ вызовомъ продавца и пріобрѣтателя,—а если имѣніе изъемлется изъ чужого владѣнія, въ присутствіи двухъ свидѣтелей,—совершаетъ вводъ отмѣткой на исполнительномъ листѣ и составленіемъ журнала. Споры владѣльца и третьихъ лицъ противъ передачи имѣнія направляются къ общему исковому порядку, не пріостанавливая ввода, но въ случаяхъ спора со стороны третьяго лица, во владѣніи котораго состоитъ имѣніе, судебный приставъ можетъ пріостановить вводъ и жалобы на такое распоряженіе направляются въ порядкѣ обжалованія дѣйствій судебнаго пристава, причемъ судья можетъ постановить о прекращеніи исполнительныхъ по вводу дѣйствій.

Далѣе значительныя усовершенствованія, неизвѣстныя современному русскому процессу, внесены въ порядокъ внесенія въ судъ на храненіе предмета обязательства. Наличныя деньги, цѣнныя бумаги, документы, драгоцѣнныя вещи и предметы, къ храненію которыхъ судья не встрѣтитъ препятствій, могутъ быть внесены, смотря по ихъ стоимости, до 1000 руб.—судьѣ, а свыше—предсѣдателю мирового съѣзда. Должникъ можетъ внести эти предметы въ судъ, если кредиторъ или его представитель по какимъ-либо обстоятельствамъ отсутствуютъ. Судья вызываетъ кредитора и требуетъ предъявленія акта обязательства. Внесенные предметы могутъ быть взяты обратно, пока кредиторомъ не заявлено о выдачѣ ихъ. Послѣ отмѣтки на обязательствѣ, внесенные предметы могутъ быть выданы кредитору. Споръ кредитора противъ внесенія пред-

метовъ обязательства въ судъ направляется къ исковому порядку. Если внесенное движимое имущество подвержено скорой порчѣ или храненіе его сопряжено съ издержками, то послѣ представленія нотаріальнаго удостовѣренія о томъ, что кредиторъ извѣщенъ должникомъ о припятіи имущества и о продажѣ его, въ случаѣ отказа, это движимое имущество можетъ быть продано мировымъ судьею съ публичнаго торга (1460[22] ст.). Для продажи вещей, подверженныхъ скорой порчѣ, не требуется даже и представленіе удостовѣренія.

Уничтоженіе довѣренностей также всецѣло предоставлено мировымъ судьямъ; они производятъ соотвѣтствующія публикаціи, извѣщаютъ учрежденія, засвидѣтельствовавшія довѣренности, могутъ выдать исполнительный листъ на отобраніе довѣренности, если указано мѣсто жительства повѣреннаго. Для уничтоженія довѣренности, выданной на веденіе дѣла въ опредѣленномъ судебномъ мѣстѣ, достаточно одного словеснаго заявленія тому же судебному мѣсту.

Въ области искового процесса за усовершенствованіе могутъ быть приняты только два положенія, смягчающія начало состязательности у мировыхъ судей. По 82 ст. проекта, судья можетъ пріобщать къ дѣлу необходимыя справки и свѣдѣнія, не касающіяся существа дѣла, изъ другихъ находящихся въ его производствѣ дѣлъ, безъ просьбы сторонъ. Согласно 82[1] ст. мировой судья въ правѣ назначить срокъ на разъясненіе обстоятельствъ, признаваемыхъ имъ важными, и потребовать въ подтвержденіе этихъ обстоятельствъ представленія доказательствъ, хотя бы на нихъ и не было сдѣлано прямой ссылки.

Сюда же изъ области усовершенствованій слѣдуетъ отнести и опредѣленіе способовъ удостовѣренія обычая. Это „кромѣ общеустановленныхъ доказательствъ": прежнія рѣшенія по однороднымъ дѣламъ, удостовѣренія подлежащихъ учрежденій (10[2] ст.) и дознаніе чрезъ окольныхъ людей. Однако объемъ примѣненія обычнаго права и предѣлы его обязательности оставлены законопроектомъ безъ опредѣленія.

Къ послѣдней, *четвертой* группѣ относятся два новыхъ правила, ограничивающія свободу пользованія доказательства. Первое изъ нихъ то, по которому судья въ правѣ устранить, а слѣдовательно и не провѣрять, такое обстоятельство, которое онъ признаетъ не существеннымъ для дѣла или уже достаточно разъясненнымъ (81[1] ст.). Та же 81[1] ст. проекта комиссіи говоритъ и объ

устраненіи такого доказательства, ссылка на которое не допускается по закону. Разумѣется въ данномъ случаѣ ссылка, напримѣръ, на свидѣтельскія показанія въ тѣхъ случаяхъ, когда допускаются только письменныя доказательства.

Правило это, въ той части, которая касается права судьи устранять такія обстоятельства, которыя онъ признаетъ несущественными для дѣла, представляется весьма опаснымъ. Взятое изъ уголовнаго процесса, оно въ области гражданскаго суда можетъ повести къ ослабленію начала подзаконности судьи.

Мотивы, оправдывая введеніе этого правила, усматриваютъ въ немъ мѣру къ огражденію возможности злоупотреблять доказательствами. Мотивировка эта весьма странная; законодатель не долженъ исходить изъ того соображенія, что законъ пишется для недобросовѣстныхъ. Второе правило, направленное также противъ злоупотребленія доказательствами съ цѣлью затормозить дѣло, предоставляетъ судьѣ право назначать срокъ на устраненіе препятствія, которое встрѣчается на пути къ повѣркѣ доказательства и устранять затѣмъ изъ спора самое доказательство, еслибы въ теченіе назначеннаго срока препятствіе не было устранено.

Къ той же группѣ слѣдуетъ отнести и ст. 101[1], устанавливающую исключенія изъ запрета пользоваться свидѣтельскими показаніями, когда по матеріальному гражд. праву доказательства должны быть только письменныя. Эти исключенія: 1) утрата или уничтоженіе письменнаго акта, по обстоятельствамъ, не зависѣвшимъ отъ воли сторонъ; въ этомъ случаѣ свидѣтельскими показаніями и др. доказательствами можетъ быть устанавливаемо содержаніе и существованіе письменнаго акта; 2) договоры займа и заклада движимости на сумму не свыше 30 р. Редакція министерскаго проекта ограничивала это послѣднее правило опредѣленнымъ кругомъ лицъ,—а именно лицами сельскаго состоянія. Освобожденное комиссіей отъ сословнаго характера, это правило относится по существу своему къ матеріальному гражданскому праву.

Совершенно новымъ и неизвѣстнымъ нашему процессу представляется право судьи опредѣлять, по его „справедливому усмотрѣнію“, размѣръ вознагражденія въ искѣ о доходахъ и убыткахъ. Такое право судьѣ предоставляется въ томъ лишь случаѣ, когда самое право на вознагражденіе имъ признается безусловно, а размѣръ вознагражденія, по свойству требованія, по убѣжденію судьи, не можетъ быть подчиненъ общему правилу о подкрѣпленіи иска доказательствами (135[1] ст.).

Свободное усмотрѣніе Судьи представляется, однако, весьма опаснымъ началомъ, въ особенности послѣ того печальнаго опыта, который намъ достался отъ свободнаго усмотрѣнія земскихъ начальниковъ. Примѣры Германіи и Австріи не доказываютъ еще, чтобы, перенесенное въ нашъ судъ, это начало дало такіе же какъ и тамъ результаты.

Къ той же категоріи относится и ограниченіе случаевъ постановленія заочныхъ рѣшеній. Ст. 149[1] устанавливаетъ два случая, въ которыхъ рѣшеніе не считается заочнымъ. Первый—когда отвѣтчику на одно изъ засѣданій по дѣлу была лично вручена повѣстка, или когда отвѣтчикъ въ теченіе дѣла принималъ въ немъ какое-либо участіе лично или черезъ повѣреннаго. Второй случай тотъ, когда отвѣтчикъ при слушаніи дѣла находился въ залѣ засѣданій, но не далъ объясненій, несмотря на требованіе судьи. Если второй случай и не можетъ вызывать существенныхъ возраженій, то первый колеблетъ начало равноправія сторонъ въ пользу одной изъ нихъ, такъ какъ устанавливаемая закономъ презумпція врученія не всегда соотвѣтствуетъ дѣйствительности.

Гарантіи нормальнаго отправленія правосудія затрагиваются въ отношеніи обѣихъ сторонъ правиломъ, устанавливающимъ ограниченіе права кассаціи. Для исковъ, цѣною ниже 100 руб., устанавливается разборъ дѣла по существу въ 2-хъ инстанціяхъ: у мирового судьи и въ съѣздѣ; разборъ такихъ дѣлъ по кассаціонной жалобѣ одной изъ сторонъ въ Сенатѣ не допускается. Отъ контроля высшей судебной власти въ Имперіи изъемлется, такимъ образомъ значительная область дѣлъ, затрагивающихъ повседневные интересы населенія. Этимъ путемъ Сенатъ освобождается отъ значительной части работы, но едва ли соблюдаются при этомъ интересы правосудія. Не слѣдуетъ забывать, что значеніе дѣлъ отъ суммы иска не зависитъ.

Сюда же должны быть отнесены и правила о понудительномъ исполненіи по актамъ. Назначеніе ихъ—замѣнить собою упрощенный порядокъ судопроизводства. Эти правила съ небольшими лишь измѣненіями переносятъ въ процессъ мировыхъ судей дѣйствующія правила о понудительномъ исполненіи по актамъ у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Отличительная особенность проектируемыхъ правилъ та, что они не ограничиваются предѣлами подсудности мировыхъ судей, а распространяются на особо перечисленные акты, признаваемые безспорными, безъ ограниченія ихъ какою-либо суммою.

Сущность понудительнаго исполненія по актамъ заключается въ слѣдующемъ. Понудительное исполненіе допускается только по актамъ о платежѣ денегъ и о передачѣ вещей или движимости, если исполненіе обязательствъ не поставлено въ самихъ актахъ въ зависимость отъ выполненія какихъ-либо условій,—выполненія, которое еще предварительно слѣдуетъ доказать. Въ отношеніи недвижимыхъ имуществъ понудительное исполненіе допускается только по найму недвижимости, въ требованіяхъ платежа денегъ, сдачи или очистки имущества за истеченіемъ срока обязательства. По формѣ акты, по которымъ допускается понудительное исполненіе, должны быть: крѣпостные, нотаріальные или засвидѣтельствованные установленнымъ порядкомъ, опротестованные векселя, соглашенія, засвидѣтельствованныя на основаніи правилъ о вознагражденіи потерпѣвшихъ вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ рабочихъ, а также мировыя сдѣлки, состоявшіяся въ судебныхъ установленіяхъ. Понудительное исполненіе не допускается, когда оно направлено противъ казны и по обязательствамъ погашеннымъ давностью.

Правомъ понудительнаго взысканія пользуется: 1) лицо, на имя котораго выданъ актъ; 2) лицо, которому актъ переданъ по засвидѣтельствованной надписи или особому акту, надлежащимъ порядкомъ засвидѣтельствованному; 3) наслѣдникъ этихъ лицъ, удостовѣряющій свои права завѣщаніемъ, утвержденнымъ къ исполненію или судебнымъ постановленіемъ, объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства; 4) поручитель уплатившій за должника, что удостовѣряется надписью на актѣ или особой распиской, засвидѣтельствованными; 5) что найму недвижимости ея пріобрѣтатель, удостовѣряющій свои права какъ пріобрѣтателя или какъ наслѣдника такими же актами, какъ указано выше, и 6) векселедержатель опротестовавшій вексель, надписатель, поручитель и посредникъ, уплатившіе по векселю и предъявляющіе обратное требованіе.

Перечисленныя лица могутъ пользоваться правомъ понудительнаго исполненія только въ отношеніи лицъ, отвѣтственность которыхъ передъ ними до очевидности безспорна. А именно таковы: 1) лицо, противъ котораго выданъ актъ, 2) срочный поручитель, давшій поручительство на самомъ актѣ, въ теченіе мѣсяца со дня срока по обязательству, 3) по договору найма недвижимости лицо, къ которому перешло пользованіе по надписи на актѣ или по особому акту, надлежащимъ порядкомъ засвидѣтельствованному

и 4) наслѣдники обязавшихся по акту лицъ, если принятіе наслѣдства удостовѣрено судебнымъ опредѣленіемъ.

Мировой судья, если признаетъ просьбу о понудительномъ исполненіи подлежащей удовлетворенію, безъ вызова отвѣтчика, постановляетъ надписью на актѣ резолюцію объ обращеніи къ исполненію. Резолюція эта исполняется порядкомъ исполненія судебныхъ рѣшеній, причемъ назначается судебнымъ приставомъ трехдневный срокъ для добровольнаго исполненія. Отвѣтчикъ можетъ возражать или путемъ предъявленія въ 6 мѣсячный срокъ иска общимъ порядкомъ объ освобожденіи отъ обязательства, или въ теченіе 7-дневнаго срока со дня врученія первой повѣстки объ исполненіи, просьбой о пріостановленіи понудительнаго исполненія. Эта просьба пріостанавливаетъ исполненіе до разрѣшенія ея судьею. Распоряженіе судьи по этой просьбѣ не подлежитъ обжалованію. Если бы исполненіе было судьею пріостановлено, то его распоряженіе теряетъ силу, если въ теченіе мѣсяца не будетъ подтверждено судомъ, коему подвѣдомствененъ искъ отвѣтчика объ освобожденіи отъ обязательства.

Распространеніе понудительнаго исполненія на протестованные векселя и мировыя сдѣлки въ судебныхъ установленіяхъ, а также производства по просьбамъ о пріостановленіи понудительнаго исполненія составляютъ нововведеніе, неизвѣстное правиламъ, примѣняемымъ земскими начальниками и городскими судьями.

Допущеніе просьбъ, пріостанавливающихъ понудительное исполненіе, есть развитіе правилъ о понудительномъ исполненіи на началѣ равенства сторонъ. Оно смягчаетъ положеніе отвѣтчика, поставляемаго правилами о понудительномъ исполненіи въ весьма суровыя условія. Смягченіе это представляется, по мнѣнію докладчика, далеко недостаточнымъ. Вообще, весь институтъ заключаетъ въ себѣ большія опасности.

Перечисленныя измѣненія представляютъ наиболѣе существенное нововведеніе, проектируемое закономъ о мѣстномъ судѣ въ гражданскомъ процессѣ мировыхъ судей. Область гражданскаго процесса, далекая отъ политики, не сосредоточивала на себѣ вниманіе авторовъ законопроекта, занятыхъ реформами судоустройства и уголовнаго процесса. Тамъ преимущественно отразились всѣ политическія теченія, которыя во взаимной борьбѣ раздѣляютъ силы государства и влекутъ за собою созданіе нормъ, ослабляющихъ гарантіи правильнаго отправленія правосудія. Здѣсь, вдали отъ этой борьбы, реформаторская дѣятельность остановилась

передъ основами, вложенными въ гражданскій процессъ судебными уставами Императора Александра II. Одна цѣль—облегчить обремененныя количествомъ дѣлъ общія судебныя установленія, на пути къ которой авторы законопроекта не останавливались предъ измѣненіями въ процессѣ, которыя не составляли шага впередъ. Но эта цѣль не была главнымъ основаніемъ проектируемой реформы. Поэтому общія основанія гражданскаго процесса остались неизмѣненными, и самый гражданскій процессъ въ его переработкѣ подвергся относительно ничтожнымъ измѣненіямъ".

По окончаніи доклада *предсѣдатель* указалъ, что К. К. Черносвитовъ любезно изъявилъ согласіе ознакомить юридическое общество съ главными положеніями законопроекта, какъ съ программою для бесѣды. Эта задача имъ выполнена, и члены общества, желающіе начать бесѣду, по указанной программѣ, благоволятъ высказаться.

Д. Д. Черновъ указалъ прежде всего на чисто внѣшній недостатокъ проекта: въ немъ повторяется рядъ такихъ статей, которыя помѣщены въ уставѣ судопроизводства общихъ судебныхъ установленій, и посему, въ силу 80 ст. Уст. Гр. Суд., и безъ особливаго ихъ повторенія должны бы были примѣняться. Нѣкоторыя правила, какъ напримѣръ ст. 101 п. 2, разрѣшающая доказываніе мелкаго займа или заклада путемъ свидѣтельскихъ показаній, и ст. 35^1 о размѣрѣ вознагражденія по усмотрѣнію судьи относятся къ матеріальному праву, между тѣмъ такая реформа матеріальнаго права en passant не желательна. Оппонентъ одобряетъ принятую министерствомъ и комиссіей точку зрѣнія по вопросу о состязательности процесса, заключающуюся въ признаніи необходимости ограничить состязательное начало. На эту настоятельную потребность нашего процесса, въ особенности въ судахъ мѣстныхъ, указывалось не разъ въ литературѣ, въ противовѣсъ принципу полной автономіи сторонъ и полной пассивности судьи,—принципу процессуальнаго laissez faire, laissez passer.

Судъ долженъ направлять процессъ по его естественному руслу, регулировать его путемъ устраненія всѣхъ затрудненій, вносимыхъ съ цѣлью проволочки, и, въ извѣстныхъ предѣлахъ, путемъ привлеченія къ дѣлу необходимыхъ доказательствъ.

При отсутствіи обязательной адвокатуры и маломъ культурномъ уровнѣ населенія, это право судьи регулировать про-

цессъ слѣдуетъ признать весьма существеннымъ условіемъ правильнаго рѣшенія спора.

Въ этихъ цѣляхъ существеннымъ является правило 82^2 статьи, которое воспроизводитъ статью 368 Уст. Гр. Суд.

Переходя затѣмъ къ статьѣ 145, о заочномъ рѣшеніи, Д. Д. Черновъ указываетъ на то, что слова: „по просьбѣ истца" представляются совершенно излишними, ибо такое желаніе всегда предполагается.

То же замѣчаніе слѣдуетъ сдѣлать и въ отношеніи права судьи подвергать рѣшеніе предварительному исполненію. Желаніе истца имѣть предварительное исполненіе всегда должно предполагаться, а потому установленное закономъ условіе особливой по сему вопросу просьбы истца представляется излишнимъ.

Правильнымъ представляется, по мнѣнію оратора, устраненіе кассаціи по дѣламъ мелкимъ до 100 руб. Практика доказала цѣлесообразность подобной мѣры.

Въ цѣляхъ ускоренія правосудія слѣдовало бы устранить также обязательный, въ случаѣ требованія стороны, передопросъ подъ присягой во 2-ой инстанціи свидѣтелей, допрошенныхъ мировымъ судьей безъ присяги.

К. К. Дыновскій признаетъ за законопроектомъ весьма существенныя достоинства. Чрезвычайно трудная задача, взятая на себя министерствомъ, въ общемъ исполнена удачно. Самымъ важнымъ въ реформѣ суда представлялось такое оборудованіе процесса, при которомъ достигалось бы осуществленіе права, а не разрушеніе. Между тѣмъ, невѣроятная подчасъ медленность процессовъ, иногда тянущихся десятками лѣтъ, лишаетъ процессы ихъ практическаго смысла. Вотъ почему попытка министерства, направленная къ упрощенію судопроизводства, представляется весьма раціональной. Правильной представляется и другая принципіальная реформа, вводимая въ процессъ обсуждаемымъ законопроектомъ: ограниченіе принципа состязательности. По уставамъ, какъ общія судебныя установленія, такъ и мировой судъ были основаны на началѣ состязательности. Предполагая наличность культурныхъ элементовъ, строгое проведеніе этого начала въ нашихъ мировыхъ судахъ оказалось весьма и весьма неумѣстнымъ. Мировой судъ мало-по-малу сдѣлался разсадникомъ сквернаго формализма. Въ немъ развилось отвратительное сутяжничество, и процессъ принялъ весьма уродливыя формы.

Министерство задалось цѣлью улучшить въ этомъ направленіи процессъ, давъ предпочтеніе другому типу судьи. Состязательный принципъ развился въ Германіи. Тамъ судья — безстрастный руководитель процесса, пассивно относящійся къ борьбѣ двухъ сторонъ; слѣдя только за правильностью веденія ея съ точки зрѣнія закона, онъ выноситъ свой приговоръ на основаніи выясненныхъ сторонами обстоятельствъ. Въ процессѣ выясненія онъ не имѣетъ никакой иниціативы. Наоборотъ, типъ латинскаго судьи предполагаетъ большую иниціативу, большую самодѣятельность въ ходѣ процесса. Проектъ, повидимому, склонился къ типу французскаго судьи.

Для оппонента представляется нѣсколько сомнительнымъ, представляется ли раціональной передача всѣхъ охранительныхъ дѣлъ суду мировому.

Засимъ, распространеніе начала устности на всѣ жалобы, за исключеніемъ аппелляціонной, представляется также чреватой большими опасностями, такъ какъ открывается широкое поле для сутяжничества.

Возвращаясь къ вопросу о состязательности въ процессѣ, К. К. Дыновскій указываетъ на то, что разумный судья на практикѣ прекрасно справляется со статьей 81 и др. Уст. Гр. Суд., и принципъ состязательности весьма часто ограничивается. Въ заключеніе К. К. Дыновскій указываетъ, что наряду съ реформой суда, точнѣе на первомъ ея планѣ необходимо поставить подходящій составъ судей. Реформа судопроизводства сводится къ реформѣ юстиціи.

С. А. Бѣляцкинъ одобряетъ принятое проектомъ расширеніе устнаго начала; необходимо считаться съ нашимъ малокультурнымъ населеніемъ; часто сроки пропускаются, такъ какъ некому писать прошеніе. Возможны, конечно, отъ этого затрудненія для суда; но вѣдь судъ — для населенія, а не населеніе—для суда.

Разгруженіе окружныхъ судовъ представляется весьма желательнымъ; но принятое проектомъ расширеніе подсудности мирового суда увеличеніемъ цѣны исковъ, ему подвѣдомственныхъ, до 1000 рублей не достигнетъ цѣли, такъ какъ сравнительно незначительное количество исковъ предъявляется на сумму отъ 500 р. до 1000 р.

Необходимо было бы исключить цѣлыя категоріи исковъ, съ установленіемъ спеціальныхъ судовъ по образцу Gemeinde-

gerichte, Gewerbegerichte. Вотъ такіе суды могли бы значительно освободить общіе суды отъ наплыва дѣлъ.

Весьма основательно проектъ ограничиваетъ принципъ состязательности; у насъ, при низкой культурѣ населенія, строгое его проведеніе немыслимо. Между тѣмъ наша высшая судебная инстанція, Правительствующій Сенатъ, неуклонно отмѣняетъ рѣшенія постановленныя съ нарушеніемъ этого основного начала. Вотъ почему, по мнѣнію С. А. Бѣляцкина, это ограниченіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно вводится проектомъ, представляется недостаточнымъ.

По вопросу объ усмотрѣніи судьи нельзя не согласиться, что его введеніе представляется желательнымъ. Цѣлая категорія исковъ о вознагражденіи за нарушеніе права фирмы, авторскаго права, права торговыхъ знаковъ, наконецъ вознагражденіе за такъ называемый неимущественный вредъ, были бы немыслимы безъ свободнаго судебнаго усмотрѣнія.

Наконецъ, по мнѣнію оппонента, излишними представляются высказанныя референтомъ опасенія по адресу института поощудительнаго исполненія. Дискредитированіе его земскими начальниками не оправдываетъ этого недовѣрія. Въ рукахъ разумныхъ судей оно будетъ энергичнымъ средствомъ противъ столь укоренившагося у насъ сутяжничества. Существенное отличіе этого института отъ дѣйствующаго упрощеннаго судопроизводства — необязательность вызова отвѣтчика, — въ большинствѣ случаевъ совершенно ненужно.

Я. Г. Фрумкинъ указываетъ, прежде всего, на полное деформированіе порядка судопроизводства въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, вслѣдствіе чрезмѣрнаго перегруженія. Въ дѣлахъ часто нѣтъ ни доклада, ни преній сторонъ.

Потому, разгруженіе общихъ судебныхъ установленій представляется весьма желательнымъ. Комиссія пошла дальше проекта министерства и подчинила казну общей подсудности, смотря по цѣнѣ иска. Привилегія казны, заключавшаяся съ точки зрѣнія министерскаго проекта, въ правѣ выбора общаго или мирового суда для дѣлъ ниже 1000 р., ничѣмъ не оправдывается.

Однакоже и принятое проектомъ расширеніе подсудности не поведетъ къ желаннному разгруженію. Необходимо, помимо критерія цѣны иска—ввести также и критерій по роду дѣлъ. Необходимо изъять цѣлыя категоріи юридически совершенно

несложныхъ дѣлъ, и подчинить таковыя или мировому суду, или спеціальнымъ судамъ, вродѣ указанныхъ уже Gewerbegerichte, Gemeindegerichte. Таковы дѣла алиментныя, о вознагражденіи за увѣчье по закону 1903 года и т. д.

Правильнымъ слѣдуетъ считать ограниченіе состязательности. При отсутствіи обязательнаго юридическаго представителя (Anwaltszwang) немыслимо предоставить судьбу процесса автономіи сторонъ. Даже германскій законъ, основанный на принципѣ состязательности, предусматривающій обязательнаго для дѣла представителя-юриста, содержитъ весьма существенное правило (*§ 503 C. P. O.*), постановляющее, что на обязанность судьи возложено слѣдить за тѣмъ (dahin zu wirken), чтобы стороны выясняли обстоятельства дѣла и дѣлали бы необходимыя предложенія (die sachdienlichen Anträge); послѣдній passus весьма существенъ.

Оппонентъ возстаетъ противъ свободнаго усмотрѣнія. Вмѣсто незыблемости, ясности и опредѣленности юридическихъ отношеній и строгой подзаконности, у насъ будетъ господствовать произволъ. Свободное усмотрѣніе въ дѣлѣ вознагражденія за убытки предрѣшаетъ весьма существенный вопросъ о вознаградимости вреда неимущественнаго.

Не касаясь этого вопроса по существу и ограничиваясь указаніемъ, что несостоятельность этого ученія особенно энергично отстаивается проф. Петражицкимъ, оппонентъ считаетъ недопустимымъ, чтобы столь спорный институтъ денежнаго вознагражденія за нематеріальный вредъ вошелъ бы въ наше право чрезъ заднее крыльцо, при реформѣ процессуальнаго закона.

По вопросу о заочныхъ рѣшеніяхъ, оппонентъ полагаетъ, что для нашего процесса слѣдовало бы не только ограничить отзывы, но вообще совершенно ихъ уничтожить. Дѣло въ томъ, что у насъ не существуетъ обязательнаго присужденія по заочному рѣшенію. Посему, разъ мир. судья входитъ въ обсужденіе иска по существу, представляется лишнимъ допускать отзывъ. Но, конечно, тогда и апелляціонный срокъ для заочныхъ рѣшеній долженъ считаться со дня дѣйствительнаго врученія копіи рѣшенія.

Лишней, по мнѣнію оппонента, является неизмѣненная проектомъ статья 145 Уст. Гр. Суд., въ силу коей дѣло прекращается въ случаѣ неявки истца. Уничтоженіе ея значительно облегчило бы положеніе истца.

Въ цѣляхъ устраненія тѣхъ затрудненій, которыя вызываются вручениемъ повѣстокъ, оппонентъ считаетъ весьма желательнымъ введеніе обязательнаго судебнаго адреса; наше гражданское право знаетъ этотъ институтъ въ примѣненіи къ векселямъ. Умолчаніе объ этомъ въ проектѣ оппонентъ относитъ къ большимъ недостаткамъ. Также къ недостаткамъ слѣдуетъ отнести отсутствіе въ проектѣ обезпеченія доказательствъ до предъявленія иска, а также института частичнаго присужденія уже назрѣвшей части иска.

Наконецъ, останавливаясь на институтѣ понудительнаго исполненія, оппонентъ выражаетъ большія опасенія за его результаты. Достаточно представить себѣ, въ какомъ положеніи очутятся наслѣдники лицъ, выдавшихъ подобныя обязательства, по которымъ допускается понудительное исполненіе.

Стремленіе упростить производство по такъ называемымъ безспорнымъ актамъ должно было быть направлено по пути улучшенія дѣйствующаго упрощеннаго судопроизводства.

Послѣднимъ оппонентомъ выступилъ *г. Александровъ*, указавшій, что, къ сожалѣнію, въ виду поздняго времени онъ поставленъ въ необходимость ограничить свои замѣчанія; оппонентъ поддерживаетъ мнѣніе о необходимости введенія обязательнаго судебнаго адреса и настаиваетъ на необходимости измѣненія 310 ст. Уст. Гражд. Суд. въ цѣляхъ облегченія вручения повѣстки отвѣтчику.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ объявляетъ, что за позднимъ временемъ, окончаніе предложенной бесѣды переносится на слѣдующее засѣданіе. Выразивъ затѣмъ отъ имени общества благодарность К. К. Черносвитову, предсѣдатель объявляетъ засѣданіе закрытымъ.

Засѣданіе закрыто въ 12¼ час. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

11 декабря 1909 года.

Засѣданіе открылось въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества, *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій служило продолженіе бесѣды, предло-

женной членомъ Государственной Думы *К. К. Черносвитовымъ* въ засѣданіи 27 ноября 1909 г. на тему: „*Нововведенія въ гражданскомъ процессѣ по законопроекту о мѣстномъ судѣ*“ [1]).

К. К. Черносвитовъ, отвѣчая на замѣчанія оппонентовъ, выступавшихъ въ предыдущемъ засѣданіи, отмѣчаетъ, что всѣ почти замѣчанія носили характеръ не возраженій по существу доклада, а, относясь непосредственно къ предположеннымъ законопроектомъ измѣненіямъ, или осуждали основныя положенія законопроекта, или, соглашаясь съ ними, требовали болѣе радикальнаго проведенія ихъ на практикѣ.

Что возраженія не коснулись непосредственно самаго доклада, вполнѣ понятно, такъ какъ докладъ носилъ характеръ освѣдомительный, а не критическій. Посему докладчикъ считаетъ, что самый фактъ выступленія многихъ ораторовъ со своими критическими замѣчаніями по поводу проектируемыхъ измѣненій представляется вполнѣ удовлетворительнымъ результатомъ доклада.

Въ частности, по поводу замѣчанія Д. Д. Чернова о нераціональности особаго требованія со стороны истца о вынесеніи заочнаго рѣшенія, или допущеніи предварительнаго исполненія, докладчикъ находитъ, что такой порядокъ, облегчая, конечно, положеніе истца, представляется однакоже нѣсколько опаснымъ и, во всякомъ случаѣ, ставилъ бы отвѣтчика въ положеніе весьма трудное.

Вопроса о единоличномъ или коллегіальномъ мировомъ судѣ докладчикъ нарочно не коснулся, такъ какъ этотъ вопросъ весьма спорный. Лично докладчикъ предпочитаетъ судъ единоличный, и примѣръ Западной Европы, не знающей коллегіальности въ низшемъ судѣ, убѣждаетъ его въ предпочтительности единоличнаго принципа.

Далѣе докладчикъ отмѣчаетъ, что критика сосредоточилась главнымъ образомъ на 4-ой группѣ измѣненій, вносящихъ болѣе или менѣе существенное измѣненіе въ дѣйствующій процессъ.

По вопросу объ ограниченіи отзывовъ на заочныя рѣшенія докладчикъ полагаетъ, что въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьей 1491 проекта пунктъ 1 (когда повѣстка о вызовѣ была вручена, или отвѣтчикъ принималъ лично или чрезъ повѣреннаго участіе въ дѣлѣ), слѣдовало бы допустить отзывъ.

---

[1]) См. выше, стр. 36.

Весьма сомнительнымъ представляется предоставленіе судьѣ права признать то или другое обстоятельство достаточно разъясненнымъ, и на этомъ основаніи отказать въ дальнѣйшемъ принятіи доказательствъ. Это можетъ повести къ весьма нежелательному злоупотребленію этимъ правомъ; конечно, судъ вправѣ признать то или другое доказательство, по обсужденіи его, не имѣющимъ значенія для дѣла, но обсудить его и, слѣдовательно, принять его судъ обязанъ.

Затѣмъ докладчикъ возстановилъ въ памяти основныя положенія реформы, указавъ, что въ общемъ въ проектѣ гражданскаго судопроизводства выдержанъ духъ Уставовъ Александра II, если не считать несущественнаго и, по мнѣнію докладчика, нежелательнаго ограниченія принципа состязательности, и что красной нитью проходитъ черезъ проектъ одна тенденція: разгрузить общія судебныя установленія. Насколько это отзовется на дѣятельности мировыхъ судей, покажетъ будущее.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ прежде всего указалъ на то, что докладчикъ весьма удачно выполнилъ поставленную задачу: ознакомить общество съ проектомъ, такъ какъ въ его докладъ вошли въ опредѣленной системѣ всѣ почти измѣненія, съ правильной оцѣнкой ихъ значенія съ точки зрѣнія важности вносимыхъ измѣненій.

Переходя засимъ къ обсуждаемому законопроекту, М. М. Винаверъ расчленяетъ вносимыя проектомъ измѣненія на три группы: къ первой относятся реформы, касающіяся суда, ко второй—вводящія исправленія въ гражданскій процессъ, а къ третьей—затрагивающія матеріальное право.

Къ первой группѣ слѣдуетъ отнести расширеніе компетенціи мирового судьи. Вопросъ этотъ, строго говоря, не есть вопросъ процессуальный. При разрѣшеніи его необходимо исходить изъ общаго принципа о предпочтительности или, точнѣе, о качественномъ превосходствѣ суда единоличнаго или коллегіальнаго. До сихъ поръ лучшей формой суда считался судъ коллегіальный. Но интересы практическаго характера требовали нѣкотораго отступленія отъ этого общепризнаннаго принципа въ видѣ созданія болѣе близкаго къ населенію, болѣе легкаго суда единоличнаго. Въ настоящее время компетенцію этой исключительной формы суда предполагается значительно расширить. Но развѣ принципъ качественнаго превосходства

коллегіальнаго суда поколебленъ?— Нисколько. Объ этомъ въ проектѣ нѣтъ ни одного соображенія, ни одного принципіальнаго аргумента въ пользу единоличнаго суда, кромѣ чисто практическихъ соображеній. Слѣдовательно, лучшій судъ приносится въ жертву практическимъ соображеніямъ внѣшняго свойства. — Въ защиту расширенія мирового суда приводится то соображеніе, что, расширяя компетенцію въ направленіи повышенія предѣльной суммы иска (вмѣсто 500 руб.—1000 р.), законодатель считается съ удешевленіемъ цѣнности денегъ.— Но, признавая нѣкоторое основаніе за этимъ соображеніемъ, слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что законодатель долженъ усиливать защиту общества и увеличивать свою заботу о немъ какъ вообще, такъ и въ особенности въ направленіи улучшенія юстиціи, и ни въ коемъ случаѣ не ухудшать ея. Къ тому же, расширеніе компетенціи выражается и въ передачѣ мировымъ судьямъ исковъ о недвижимости цѣною до 1000 р.; причемъ ясно, что даваемая истцами оцѣнка исковъ о недвижимости всегда отстаетъ отъ дѣйствительности.

Другое объясненіе въ пользу расширенія компетенціи мѣстнаго суда—необходимость разгрузить окружные суды.—Но, во-первыхъ, если это дѣйствительно такъ, то надо увеличить число окружныхъ судовъ. На самомъ дѣлѣ такое объясненіе едва ли выдерживаетъ критику и по существу.—Перегруженіе замѣчается только въ большихъ (весьма малочисленныхъ) центрахъ, въ особенности въ столицахъ; въ провинціальныхъ же зачастую можно встрѣтить явленіе противоположное—въ окружныхъ судахъ дѣлъ весьма немного.

Но и въ большихъ центрахъ перегруженіе объясняется большимъ количествомъ опредѣленной категоріи дѣлъ.

Статистика столичныхъ окружныхъ судовъ указываетъ, что главный контингентъ дѣлъ состоитъ изъ дѣлъ увѣчныхъ и алиментныхъ. Эти дѣла, весьма несложныя съ точки зрѣнія возникающихъ въ нихъ правовыхъ вопросовъ, разрѣшаются почти исключительно на основаніи экспертизы и изслѣдованія вопросовъ чисто техническихъ. Вотъ въ изъятіи этихъ дѣлъ изъ вѣдѣнія окружныхъ судовъ и въ созданіи особыхъ судовъ съ совмѣстнымъ участіемъ судей и спеціалистовъ-техниковъ и врачей—слѣдуетъ искать раціональнаго способа исцѣленія отъ недуга перегруженія.

Итакъ, стремясь къ разгруженію окружныхъ судовъ, проектъ

расширеніемъ компетенціи мировыхъ судовъ цѣли не достигаетъ. Между тѣмъ принципъ качественнаго превосходства коллегіальной системы колеблется.

Мало того: экспериментъ, предпринимаемый проектомъ, до того радикаленъ, что онъ грозитъ серьезными осложненіями въ другомъ направленіи. Мировому суду передается огромная масса новыхъ, совершенно незнакомыхъ ему по характеру дѣлъ (въ особенности по исполнительному и охранительному производству). Отъ явнаго, не слишкомъ великаго перегруженія общихъ судовъ проектъ переходитъ къ неподдающемуся никакому учету перегруженію мирового суда, которое потребуетъ, быть можетъ въ недалекомъ будущемъ, обратной разгрузки.

Переходя затѣмъ ко второй категоріи предполагаемыхъ измѣненій, касающихся процессуальныхъ нормъ, М. М. Винаверъ прежде всего указываетъ на то обстоятельство, что вводимыя новшества не носятъ специфическаго характера, свойственнаго только мировой юстиціи, какъ таковой, но одинаково могутъ и должны быть отнесены какъ къ мировому, такъ и къ общему процессу; между тѣмъ проектъ принимаетъ эти новшества только для суда мирового. Въ этомъ раздвоеніи нормировки процессуальныхъ порядковъ, независимо отъ качества принятыхъ новшествъ, слѣдуетъ видѣть нѣкоторую опасность; ибо принципы для обоихъ процессовъ, общаго и мирового, должны быть одни и тѣ же. Останавливаясь далѣе на принципѣ состязательности въ процессѣ, оппонентъ возстаетъ противъ попытокъ поколебать состязательное начало. Состязательность въ процессѣ есть весьма крупная гарантія правосудія. Это начало является сдерживающимъ элементомъ, охраняющимъ судью отъ пристрастія. Безъ широкой состязательности судья перестаетъ быть настоящимъ судьей и становится орудіемъ въ процессѣ. Вовлеченіе судьи въ роль активнаго участника судебной борьбы подрываетъ основы безпристрастнаго правосудія. Примѣромъ тому судебные слѣдователи, роль которыхъ, первоначально предполагавшаяся чисто судейскою, скоро обратилась въ роль обвинителей. И въ противовѣсъ теоретически безпристрастному слѣдователю явилась потребность допустить защитника въ слѣдственномъ процессѣ. Намъ нуженъ судья, свободный отъ активнаго участія въ состязаніи, судья не французскаго типа, какъ изо-

бразилъ его К. К. Дыновскій, и не германскаго, а типа англійскаго.

Но въ сущности и упреки и похвалы по адресу законопроекта, ограничившаго будто бы состязательный принципъ, напрасны. Принципъ, выраженный въ 82 статьѣ, не колеблется нѣкоторыми дальнѣйшими коррективами, вводимыми съ цѣлью не колебанія состязательнаго процесса, а болѣе правильнаго регулированія процесса. Проектъ не вводитъ ни судейскаго вмѣшательства, ни розыска новыхъ доказательствъ, и потому опасаться подрыва состязательнаго начала отъ вносимыхъ поправокъ къ существующему порядку—нечего.

Неправильнымъ однакоже представляется принятіе этихъ измѣненій только для мирового процесса, между тѣмъ какъ нормы носятъ общій процессуальный характеръ, одинаковый какъ для общаго, такъ и для мирового процесса. Впрочемъ, въ виду незначительности измѣненій, особенной опасности отъ такого частичнаго измѣненія въ данномъ случаѣ нѣтъ.

Наконецъ, переходя къ 3-ей группѣ, къ нормамъ, вторгающимся въ область матеріальнаго гражданскаго права, М. М. Винаверъ прежде всего останавливается на предоставленіи большаго усмотрѣнія судьѣ. Расширеніе судейскаго усмотрѣнія, предоставленіе судьѣ права опредѣлять по своему усмотрѣнію размѣръ убытковъ въ тѣхъ случаяхъ, когда наличность убытковъ доказана, но не доказанъ ихъ размѣръ,—слѣдуетъ привѣтствовать какъ существенное улучшеніе дѣйствующаго порядка. Есть огромная масса правонарушеній, гдѣ размѣръ убытковъ не поддается точному математическому исчисленію, и въ такихъ случаяхъ усмотрѣніе судьи является абсолютной необходимостью. Строгое требованіе дѣйствующимъ закономъ доказательствъ размѣра убытковъ—настоящая язва нашего процесса. Всякое облегченіе въ этой области представляется весьма желательнымъ. Постановленіемъ проекта о допущеніи, въ указанныхъ выше случаяхъ, судейскаго усмотрѣнія, вовсе не предрѣшается по существу вопросъ о неимущественномъ интересѣ, какъ того опасаются нѣкоторые. Ибо, если законъ не признаетъ неимущественнаго вреда, то не можетъ быть и рѣчи объ его вознагражденіи. Но если даже и допустить, что судьи воспользуются предоставляемымъ имъ свободнымъ усмотрѣніемъ для признанія вознаградимости неимущественнаго вреда, то это послужитъ доказательствомъ,

что правовое сознаніе требуетъ таковой, и, конечно, съ этимъ и законодателю, и судебной практикѣ необходимо будетъ считаться.

По поводу постановленія проекта, разрѣшающаго доказывать мелкіе займы свидѣтельскими показаніями, М. М. Винаверъ указываетъ, что такое попутное вторженіе въ область матеріальнаго права нежелательно.

Затѣмъ ораторъ подвергаетъ весьма рѣзкой критикѣ широкое примѣненіе института понудительнаго исполненія, намѣченное проектомъ. Среди дѣлъ, относимыхъ проектомъ къ числу безспорныхъ, не мало такихъ, которыя по существу являются весьма спорными и сложными. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на явное недоразумѣніе со стороны Думской комиссіи, допущенное при обсужденіи и измѣненіи текста статьи $161\frac{1}{1}$ министерскаго проекта; къ числу дѣлъ, въ коихъ допускается понудительное исполненіе, по первоначальному (министерскому) проекту предполагалось отнести, между прочимъ, дѣла по крѣпостнымъ или нотаріальнымъ актамъ *о возвратѣ* движимаго имущества. Думская комиссія замѣнила слова: „о возвратѣ“ словами: „о передачѣ“, расширивъ такимъ образомъ допущеніе понудительнаго исполненія до немыслимыхъ размѣровъ. Словами „о возвратѣ“ обнимаются лишь договоры ссуды и поклажи, между тѣмъ какъ „передача вещи“ является объектомъ большинства гражданскихъ дѣлъ.

Затѣмъ оппонентъ подробно останавливается на серьезныхъ недостаткахъ широко примѣняемаго понудительнаго исполненія. Прежде всего, весьма расширенъ кругъ лицъ, отвѣтственныхъ по 161 статьѣ, признаніемъ такой усиленной отвѣтственности также за наслѣдниками обязавшагося (статья $161\frac{4}{1}$ пунктъ 4). Весьма опаснымъ представляется допущеніе понудительнаго исполненія по всѣмъ нотаріальнымъ договорамъ найма недвижимости въ отношеніи обязательства нанимателя очистить таковое въ срокъ, или въ отношеніи платежа. Очевидно, составители закона исходили изъ правоотношеній, возникающихъ при наймѣ квартиры; но вѣдь наемъ недвижимости далеко не исчерпывается квартирнымъ вопросомъ. Весьма опасной также представляется широкая и строгая отвѣтственность срочнаго поручителя, предусмотрѣнная ст. $161\frac{4}{1}$; понятіе и условія срочнаго поручительства весьма спорны и сложны и на практикѣ вызываютъ массу затрудненій, дохо-

дящихъ въ большинствѣ до Сената. Проектъ же предполагаетъ допустить противъ срочныхъ поручителей понудительное, безъ суда, исполненіе.

То же самое, съ большимъ еще правомъ, слѣдуетъ сказать о понудительномъ исполненіи въ отношеніи неустойки, безъ ограниченія суммы; слѣдовательно, и неустойка въ 100.000 р. и болѣе подлежитъ понудительному исполненію по опредѣленію мирового судьи.

Основной моментъ въ институтѣ понудительнаго осуществленія по проекту заключается въ переносѣ onus probandi съ истца на отвѣтчика, послѣ надписи на актѣ о понудительномъ исполненіи. Въ этомъ перемѣщеніи заключается коренное различіе между дѣйствующимъ упрощеннымъ судопроизводствомъ и проектируемымъ понудительнымъ исполненіемъ. Путь этотъ представляется весьма опаснымъ, и для отвѣтчика невыносимо тяжелымъ. Основной принципъ процесса приносится въ жертву соображеніямъ практическаго удобства въ совершенно небывалыхъ размѣрахъ!

Нецѣлесообразнымъ представляется и порядокъ отмѣтки на самомъ актѣ опредѣленія объ отказѣ въ понудительномъ исполненіи. Зачѣмъ нужна такая демонстрація или такое опороченіе самаго акта?

Подводя итогъ всему сказанному, нельзя не замѣтить, что всѣ измѣненія вызваны практическими соображеніями. Поскольку они не касаются основныхъ принциповъ судопроизводства, такое оппортунистическое отношеніе безвредно; но когда въ угоду такимъ оппортунистическимъ соображеніямъ приносятся въ жертву основные принципы процесса, опасность весьма велика.

Если мало судовъ, заканчиваетъ М. М. Винаверъ, открывайте новые, но не урѣзывайте основныхъ началъ правосудія. Не слѣдуетъ забывать старой истины, что нѣтъ болѣе производительнаго расхода, чѣмъ расходъ на содержаніе органовъ суда.

С. А. Бѣляцкинъ указываетъ на то, что расширеніе мировой подсудности не представляется оригинальной чертой нашего проекта. На Западѣ также замѣчается теченіе въ пользу такого расширенія; впрочемъ, тамъ это теченіе объясняется отчасти желаніемъ освободиться отъ обязательнаго въ окружныхъ судахъ и высшихъ инстанціяхъ присутствія адво-

катовъ (Anwaltszwang). У насъ Anwaltszwang'a нѣтъ, и этотъ мотивъ поэтому отпадаетъ.

Совершенно правильно было указано, что правильный путь къ разгруженію судовъ состоитъ въ установленіи спеціальныхъ судовъ. Только спеціальные суды могутъ разбираться въ массѣ техническихъ тонкостей каждаго отдѣльнаго случая. Нѣмецкіе Gewerbegerichte состоятъ изъ представителей какъ работодателей, такъ и рабочихъ.

Относительно состязательнаго принципа М. М. Винаверъ правъ въ томъ, что въ 60-ыхъ годахъ онъ дѣйствительно былъ необходимой гарантіей правосудія; но состязательное начало весьма разрослось, и строгое проведеніе этого начала представляется нѣсколько вреднымъ для малограмотнаго и неимущаго населенія, главнаго контингента тяжущихся въ мировыхъ судахъ. Когда на одной сторонѣ адвокатъ, а на другой неопытный, безграмотный мужикъ, то принципъ равноправія въ процессѣ обращается въ пустой звукъ. Развѣ не слѣдуетъ судьѣ вмѣшаться въ такой неравный бой? Вотъ почему необходимо разъ навсегда опредѣлить границы правильнаго и цѣлесообразнаго допущенія состязательнаго принципа и раздвинуть рамки участія судьи въ самомъ процессѣ борьбы двухъ тяжущихся сторонъ. Стоя строго на состязательномъ началѣ, мы достигаемъ правды формальной, формальнаго результата судоговоренія. Но намъ нужна правда матеріальная, а не формальная. Статья 82^{1}–, призванная къ нѣкоторому ограниченію состязательности, представляется недостаточнымъ палліативомъ. Необходимо предоставить судьѣ право указывать сторонѣ, какія именно доказательства должны быть представлены. Правительствующій Сенатъ неоднократно отмѣнялъ рѣшенія, если судъ, выходя изъ предоставленныхъ ему закономъ рамокъ, дѣлалъ подобныя указанія. Только ясный и радикальный законъ измѣнитъ эту практику. Ограниченіе состязательности должно быть введено и въ окружные суды; но тамъ бѣда умѣряется присутствіемъ адвокатуры. Затѣмъ по вопросу объ усмотрѣніи судьи, оппонентъ поддерживаетъ соображенія, высказанныя имъ въ прошломъ засѣданіи. Недавно разбиралось въ коммерческомъ судѣ дѣло противъ Шиммельфенига объ убыткахъ за неправильную коммерческую аттестацію. Какъ могъ бы истецъ опредѣлить размѣръ убытковъ?—Очевидно, безъ свободнаго усмотрѣнія дѣло не могло быть разрѣшено.

Тутъ дѣлаются упреки и высказываются опасенія, что съ задняго крыльца будетъ введено вознагражденіе за вредъ неимущественный. Опасенія неосновательны, такъ какъ наши законы безъ сомнѣнія не допускаютъ вознагражденія за моральный вредъ, и потому и мировые судьи, коимъ будетъ предоставлено болѣе свободное усмотрѣніе, не смогутъ, безъ нарушенія закона, присуждать вознагражденіе за нематеріальный вредъ. Вопросъ о моральномъ вредѣ относится къ матеріальному праву. Проектъ Гражданскаго Уложенія вводитъ его, но въ далеко недостаточномъ видѣ. По мнѣнію оратора, высказанныя опасенія за результаты понудительнаго исполненія едва ли представляются основательными. Вѣдь не слѣдуетъ забывать, что рѣчь идетъ объ актахъ нотаріальныхъ, въ большинствѣ случаевъ безспорныхъ. Въ частности ораторъ одобряетъ замѣну слова „возвратъ“ словомъ „передача“ въ статьѣ 161^{1}, противъ которой возстаетъ М. М. Винаверъ. Почему въ самомъ дѣлѣ не допустить понудительнаго исполненія и при договорѣ купли-продажи, въ тѣхъ случаяхъ, когда, какъ предусмотрѣно закономъ, обязательство не обусловлено наступленіемъ какихъ-либо событій въ будущемъ?

Въ отношеніи отмѣтки на самомъ актѣ о состоявшемся опредѣленіи въ порядкѣ понудительнаго исполненія, ораторъ замѣчаетъ, что такая отмѣтка дѣлается изъ практическихъ соображеній: чтобы не давать возможности обратиться второй разъ въ судъ въ порядкѣ понудительнаго исполненія, послѣ того, какъ разъ ему было уже отказано.

Наконецъ, по вопросу объ обязательномъ судебномъ адресѣ оппонентъ находитъ, что у насъ въ Россіи, при нашихъ колоссальныхъ разстояніяхъ, институтъ этотъ немыслимъ. Присутствіе стороны въ процессѣ относится къ такимъ основнымъ правиламъ, которыя частными соглашеніями о судебномъ адресѣ не должны быть измѣнены или нарушены.

Оппонентъ кончаетъ свои замѣчанія указаніемъ на то, что его симпатіи всецѣло на сторонѣ французскаго судьи.

Д. Д. Черновъ привѣтствуетъ ограниченіе состязательнаго процесса; состязательный процессъ исходитъ изъ преувеличеннаго проведенія автономіи сторонъ въ дѣлѣ осуществленія своихъ правъ. Противъ ограниченія состязательнаго процесса выступалъ пр. Шмидтъ, исходя изъ того практическаго соображенія, что при содѣйствіи судьи сторона теряетъ интересъ

къ дѣлу. Но это предположеніе представляется весьма шаткимъ и на практикѣ едва ли оправдается. Проектъ ограничиваетъ состязательность далеко не въ достаточной степени. Слѣдовало бы настаивать на радикальномъ измѣненіи статьи 81 въ направленіи обязанности судьи допрашивать стороны о всѣхъ существенныхъ для дѣла вопросахъ не только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 82[1], когда сами стороны указывали на непредставленныя ими доказательства. Въ дѣлахъ, разрѣшаемыхъ по усмотрѣнію судьи, необходима большая осторожность; во всякомъ случаѣ терминъ „усмотрѣніе", какъ бы указывая на полную зависимость отъ субъективнаго взгляда судьи, нѣсколько неудаченъ.

Я. Г. Фрумкинъ оспариваетъ высказанное нѣкоторыми ораторами предположеніе, что только въ столицахъ и нѣсколькихъ крупныхъ центрахъ замѣчается перегруженіе дѣлами (въ Петроковѣ); въ провинціи можно встрѣтить такія же печальныя явленія; напримѣръ, Лодзь при 300.000 жит. имѣетъ одинъ окружный судъ; но это недостаточно для всей массы дѣлъ, тамъ разбираемыхъ. Разгруженіе будетъ достигнуто только путемъ учрежденія спеціальныхъ судовъ; что касается алиментныхъ дѣлъ (по искамъ внѣбрачныхъ матерей и дѣтей), то такія дѣла могутъ быть переданы всѣ безъ ограниченія суммы мировымъ судамъ. Опасенія о перегруженіи мировыхъ судовъ не такъ велики.

Ораторъ подвергаетъ затѣмъ критикѣ введеніе въ судъ свободнаго усмотрѣнія. Судья долженъ рѣшать исключительно на твердыхъ началахъ объективныхъ данныхъ и правилъ, и въ этомъ направленіи онъ долженъ воспитывать свою психологію. Этотъ принципъ долженъ твердо соблюдаться, и приносить его въ жертву ради рѣдкихъ случаевъ нѣтъ никакихъ основаній. Во всякомъ случаѣ необходимо внести поправку въ статью 131[1], въ томъ смыслѣ, что если судья предполагаетъ присудить вознагражденіе по своему усмотрѣнію, то онъ обязанъ предупредить стороны, опредѣливъ предполагаемый размѣръ, чтобы дать возможность сторонамъ высказаться и о размѣрѣ.

Оппонентъ поддерживаетъ высказанные имъ въ предыдущемъ засѣданіи доводы противъ понудительнаго исполненія, весьма опаснаго и тяжелаго для отвѣтчика. Въ особенности необходимо подчеркнуть неудачную поправку, внесенную Дум-

ской комиссіей, о которой говорилъ М. М. Винаверъ (вмѣсто возвратъ—передача). Вообще эта военно-полевая юстиція представляется весьма жестокой и не оправдывается никакими серьезными интересами.

Обязательный адресъ возможно установить на опредѣленное время. Во всякомъ случаѣ, возраженія г. Бѣляцкина противъ него неубѣдительны.

Послѣдній изъ ораторовъ, *В. Р. Рогойскій*, указываетъ то, что такъ какъ въ провинціальныхъ судахъ большинство исковъ отъ 500 до 1000 руб., а дѣла вообще не особенно много, то въ результатѣ реформы будетъ не разгруженіе этихъ судовъ, а ихъ бездѣятельность; въ столицахъ же и другихъ крупныхъ центрахъ разгруженіе не будетъ достигнуто.

Ломка эта нежелательна и съ другой точки зрѣнія; не слѣдуетъ часто мѣнять законы. 40 слишкомъ лѣтъ со времени введенія Уставовъ очень небольшой срокъ, чтобы вводить такую ломку. Гораздо цѣлесообразнѣе реорганизація суда въ направленіи возстановленія Уставовъ Александра II. Только упрощенное судопроизводство должно быть подчинено вѣдомству мировыхъ судей, съ тѣми улучшеніями въ этомъ процессѣ, которыя опытъ намъ преподалъ. Улучшенія заключаются, главнымъ образомъ, въ установленіи затрудненій къ передачѣ дѣлъ въ общій порядокъ, или, еще лучше, въ недопущеніи переноса и обязательномъ разрѣшеніи ихъ въ порядкѣ упрощеннаго судопроизводства; затѣмъ совершенно нецѣлесообразнымъ представляется пониженіе вознагражденія за веденіе дѣлъ и судебныхъ издержекъ до размѣра $^1/_5$ обыкновеннаго. Правильно было бы установить половинную норму противъ обыкновеннаго. Засимъ съ передачей дѣлъ по упрощенному судопроизводству мировому суду, этотъ институтъ сдѣлается жизненнымъ, и въ понудительномъ исполненіи не будетъ ужъ никакой надобности.

Закрывая засѣданіе, *предсѣдатель М. М. Винаверъ* выразилъ сожалѣніе, что проектъ о реформѣ мѣстнаго суда, вопреки обычаю, не могъ быть обсужденъ особой комиссіей при юридическомъ обществѣ; объясняется это тѣмъ, что министерство, когда-то своевременно препровождавшее всѣ проекты въ юридическое общество, на этотъ разъ проекта реформы мѣстнаго суда въ общество не прислало, и гражданское отдѣ-

леніе общества могло ознакомиться съ нимъ только по докладу К. К. Черносвитова.

По предложенію предсѣдателя собраніе апплодисментами выразило благодарность докладчику.

Засѣданіе закрыто въ 12 ч. ночи.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

24 октября 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 8½ час. вечера подъ предсѣдательствомъ проф. *А. А. Жижиленко.*

Предметомъ занятій служили: 1. Сообщеніе дѣйствительнаго члена общества, *П. И. Люблинскаго:* „*Новѣйшій проектъ реформы уголовнаго процесса въ Германіи*“. 2. Докладъ дѣйствительнаго члена общества, *Р. Л. Вейсмана:* „*Воздухоплаваніе въ его отношеніи къ праву вообще и къ уголовному праву въ особенности*“.

Слово предоставляется докладчику, *П. И. Люблинскому*, сообщившему слѣдующее:

I.

1 октября текущаго года Германія должна была праздновать тридцатилѣтіе со дня вступленія въ силу своего устава уголовнаго судопроизводства, впервые объединившаго процессуальное право отдѣльныхъ государствъ и создавшаго единство судебной системы въ странѣ. Но какъ общая, такъ и спеціальная печать очень слабо откликнулись на эту знаменательную годовщину. Именинникъ успѣлъ за тридцать лѣтъ изрядно состариться, и на смѣну ему быстро готовится болѣе достойный преемникъ. Было неудобно особенно чествовать старика, дни котораго почти сочтены.

Германскій уставъ уголовнаго судопроизводства отъ 1 февраля 1877 г. въ свое время являлся значительнымъ шагомъ впередъ въ области процессуальнаго законодательства. Въ немъ впервые было введено широко поставленное прокурорское дознаніе, допущена защита къ предварительному слѣдствію, улучшены гарантіи свободы обвиняемаго, устранена медлительная процедура преданія

суду, создано вспомогательное обвиненіе потерпѣвшаго наряду съ офиціальнымъ обвиненіемъ прокуратуры; институтъ присяжныхъ получилъ болѣе правильное выраженіе, при чемъ роль присяжныхъ, какъ судей виновности, а не только факта, была впервые выражена отчетливо; наряду съ присяжными былъ прочно усвоенъ неизвѣстный другимъ странамъ шеффенскій институтъ и такимъ образомъ обезпечено содѣйствіе народнаго элемента и въ менѣе важныхъ дѣлахъ; въ области судоустройства проведено строгое единство системы; въ особенности счастливой оказалась обрисовка должности участковаго судьи, получившаго, кромѣ судебныхъ, и нѣкоторыя слѣдовательскія функціи; въ области пересмотра сдѣлана попытка сузить допущеніе апелляціи и, наоборотъ, расширить случаи допустимаго возобновленія уголовныхъ дѣлъ, наконецъ, въ цѣломъ рядѣ болѣе мелкихъ постановленій былъ найденъ удачный компромиссъ между интересами обвиненія и защиты. Германскій уставъ успѣлъ повліять на изданные затѣмъ уставы норвежскій 1887 г. и венгерскій 1886 г., отдѣльные же институты его, какъ карательные приказы, защита на предварительномъ слѣдствіи и др., были заимствованы и другими законодательствами. И все же, несмотря на столь передовой характеръ устава 1877 г., быстрый ростъ германской государственности заставляетъ въ настоящее время заняться радикальнымъ пересмотромъ его постановленій. Въ семидесятые годы, когда государственная идея въ Германіи начинала только укрѣпляться, было несоотвѣтственнымъ дѣломъ заниматься детальнымъ правовымъ творчествомъ; эпоха требовала уже готовыхъ формъ, признанныхъ шаблоновъ, на почвѣ которыхъ легче было достигнуть соглашенія. И потому матеріалъ для правовыхъ кодексовъ получался или путемъ заимствованія изъ родственныхъ по духу странъ, или путемъ синтезированія началъ, уже признанныхъ въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ. Такой же матеріалъ легъ и въ основу устава 1877 г.; на него по преимуществу повліялъ выработанный проф. Глазеромъ австрійскій уставъ 1873 г., а изъ мѣстныхъ германскихъ—уставъ прусскій 1861 г., составленный подъ сильнымъ вліяніемъ французскаго кодекса 1808 г. [1]). Вполнѣ понятно, что теперь, когда государственное единство Германіи окрѣпло и когда на примѣрѣ реформы гражданскаго права была показана

[1]) Французскій уставъ являлся дѣйствующимъ кодексомъ въ цѣломъ рядѣ союзныхъ государствъ (Пфальцѣ, Гессенѣ, Эльзасѣ и др.).

успѣшность крупныхъ кодификаторскихъ предпріятій, возникла потребность произвести капитальный пересмотръ уголовныхъ кодексовъ. Подготовка реформы началась какъ въ области процессуальнаго, такъ и матеріальнаго уголовнаго права, и хотя нѣкоторыми эти обѣ реформы ставятся въ тѣсную связь другъ съ другомъ, все же мы считаемъ вполнѣ возможнымъ остановиться здѣсь спеціально лишь на реформѣ процессуальной, принявшей въ настоящее время уже болѣе конкретныя очертанія, такъ какъ лишь только немногіе процессуальные институты (напр., подсудность, частная жалоба) зависятъ отъ матеріальнаго права, остальные же въ значительной степени независимы.

Первыя вѣянія въ пользу процессуальной реформы насчитываютъ себѣ едва лишь десятокъ лѣтъ. Толчокъ имъ далъ французскій законъ о реформѣ предварительнаго слѣдствія, изданный 8 декабря 1897 г., который заставилъ германскихъ процессуалистовъ обратить вниманіе на эту стадію производства. Вопросъ о реформѣ ея становится боевымъ вопросомъ на съѣздахъ германской группы союза криминалистовъ съ 1902 г. [1]). Но чѣмъ далѣе шло обсужденіе этого вопроса, тѣмъ яснѣе становилось, что надлежащее рѣшеніе его зависитъ отъ реформы цѣлаго ряда институтовъ: положенія прокуратуры, расширенія правъ обвиняемаго, организаціи преданія суду, отъ мѣръ пресѣченія и пр. Въ поискахъ за болѣе совершеннымъ предварительнымъ слѣдствіемъ германскіе процессуалисты обращаются къ Англіи, и здѣсь сразу находятъ цѣлый рядъ новыхъ формъ судебной организаціи и дѣятельности; англійскій судебный строй становится въ буквальномъ смыслѣ новымъ откровеніемъ для Германіи, и литература заполняется англійскими идеями. Все въ Англіи вызываетъ къ себѣ подражаніе: и простота судебной системы, покоящейся на дѣятельности немногочисленныхъ судей, и широта судебнаго толкованія закона, и состязательное предварительное слѣдствіе предъ мировымъ или полицейскимъ судьей, и отношеніе суда и присяжныхъ, и даже новая форма апелляціи по дѣламъ съ присяжными. Группа германскихъ криминалистовъ знакомится на мѣстѣ съ англійскими судами и предпринимаетъ капитальное изданіе „Докладовъ къ реформѣ уголовнаго процесса“ [2]), въ

[1]) См. П. *Люблинскій.* О дѣятельности международнаго союза криминалистовъ за 1902—1908. „Право“ № 10, 1909 г.

[2]) Beiträge zur Reform des Strafprocesses, herausgegeben von E. Adikes, P. Aschrott, F. v. Liszt, K. v. Lilienthal. 2 Bände, 1907—1909.

которомъ освѣщаются различные англійскіе институты и обсуждается возможность заимствованія ихъ для Германіи. Вмѣстѣ съ тѣмъ сама жизнь выдвигаетъ новые процессуальные вопросы. Германская группа союза криминалистовъ, являющаяся одной изъ наиболѣе энергичныхъ поборницъ реформы, въ 1906 г. уже ставитъ въ свою программу, кромѣ предварительнаго слѣдствія, вопросы о реформѣ суда присяжныхъ, объ организаціи уголовной полиціи и отношеніи ея въ прокуратурѣ, о мѣрахъ пресѣченія и объ организаціи уголовнаго суда надъ малолѣтними.

Правительство, отчасти затронутое вѣяніями реформы, образовало въ 1904 г. комиссію для пересмотра устава уголовнаго судопроизводства, издавшую къ концу 1905 года два тома своихъ „протоколовъ", къ которымъ былъ приложенъ и выработанный комиссіей проектъ [1]). Въ свое время отдѣльныя стороны этого проекта (въ частности предполагавшееся ею упраздненіе суда присяжныхъ) обсуждались въ „Правѣ". Опуская поэтому разсмотрѣніе этого проекта, ограничусь только указаніемъ на то, что пріемъ ему былъ оказанъ германскими процессуалистами болѣе чѣмъ холодный. Послѣ обстоятельной и уничтожающей критики его въ юридическихъ журналахъ и въ коллективной работѣ Zur Reform des Strafprocesses, изданной въ 1907 г. подъ редакціей Ашротта, съ нимъ просто-на-просто перестали считаться. Отвѣтомъ на предполагавшееся упраздненіе суда присяжныхъ явилось изданіе коллективнаго обширнаго труда, еще незаконченнаго „Schwurgerichte und Schöffengerichte. Beiträge zu ihrer Kenntnis und Beurteilung", 1907—1909 г., подъ редакціей проф. В. Миттермайера и М. Липмана, гдѣ этотъ институтъ подвергается всесторонней и въ значительномъ большинствѣ случаевъ положительной оцѣнкѣ.

Новый матеріалъ для обсужденія дало опубликованіе въ ноябрѣ 1908 г. офиціальнаго правительственнаго проекта съ мотивами, реформирующаго судоустройство и судопроизводство. Этотъ проектъ, въ небольшой лишь степени опирающійся на комиссіи 1905 г., уже въ значительной степени дѣлаетъ уступки современнымъ теченіямъ въ германской процессуальной наукѣ и въ общемъ при условіи ряда измѣненій признанъ пріемлемымъ германскими криминалистами [2]).

---

[1]) Protocolle der Kommission zur Reform des Strafprocesses. 1905, 2 Bände.

[2]) Кромѣ множества мелкихъ журнальныхъ статей, затрагивающихъ

Внесенный въ союзный совѣтъ, онъ здѣсь подвергся переработкѣ въ частностяхъ и 26 марта 1909 г. переданъ имперскому канцлеру для внесенія въ рейхстагъ. Представленіе его рейхстагу было исполненіемъ обѣщанія правительства, даннаго при образованіи консервативно-либеральнаго блока; и вслѣдствіе этого сами идеи проекта представляютъ собою прихотливую смѣсь прогрессивныхъ и реакціонныхъ измѣненій, столь же странную, какъ и то большинство рейхстага, на которое проектъ былъ разсчитанъ. Въ настоящее время уже близокъ моментъ законодательнаго обсужденія его въ рейхстагѣ. Очень возможно, что многія постановленія проекта здѣсь будутъ сильно видоизмѣнены въ виду распаденія того большинства, къ мнѣнію котораго онъ былъ приспособленъ, но все же, я полагаю, что русскимъ читателямъ будетъ не безъинтересно ознакомиться съ той законченной формой, въ которую вылили свои предположенія имперское вѣдомство юстиціи и союзный совѣтъ и на почвѣ которыхъ будетъ происходить борьба. Эта форма сама по себѣ содержитъ рядъ интересныхъ нововведеній, которыя полезно отмѣтить какъ этапы въ созданіи новыхъ процессуальныхъ формъ.

II.

Главнымъ вопросомъ, который пришлось намѣтить проекту, явилось отношеніе къ суду присяжныхъ. Проектъ 1909 г. уже отрѣшается отъ отрицательной оцѣнки, данной этому суду комиссіей 1905 г., но вмѣстѣ съ тѣмъ не рѣшается высказать своего собственнаго мнѣнія, считая за наилучшее оставить этотъ институтъ въ совершенно неизмѣненномъ видѣ. „Мотивы“ [1]) слѣдующимъ

отдѣльныя постановленія проекта и его отношеніе къ различнымъ сторонамъ общественной жизни, обстоятельную критику проекта въ цѣломъ содержатъ *R. V. Hippel.* Der Entwurf einer Strafprocessordnung. Heidelberg, 1909. *K. v. Lilienthal.* Der Entwurf einer Strafprocessordnung und Novelle zum GVG. nebst Begründung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1909. S. 1 ff., 188 ff., 414 ff., 549 ff., 737 ff. *K. Binding.* Der Entwurf einer neuen Strafprocessordnung Gerichtsaal. 1909. B. LXXIV. H. 1—4. S. 1 ff. *F. Oetker.* Bemerkungen zum Entwurf einer Strafprocessordnung. Ibid. S. 59. См. также въ Deutsche Juristenzeitung. Статьи Birkmeyer. Wach, Kroneker, Leonard, Aschrott, Kottka, Stern и др. Самый текстъ проекта изданъ въ приложеніи къ D. Jur. Zeitung, 1908 г.

[2]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы не приводимъ §§ проекта при изложеніи его содержанія, не желая загромождать статьи нумераціей, пока не имѣющей реальнаго значенія. Подъ „мотивами“ мы разумѣемъ всегда мотивы проекта (I) 1908 г. въ офиц. изданіи.

образомъ оправдываютъ такое отношеніе: „Опубликованіе предположеній комиссіи 1905 г. (упразднявшей судъ присяжныхъ) вызвало живыя возраженія. Обнаружилось, что присяжные пользуются и теперь, какъ и прежде, высокимъ довѣріемъ въ населеніи; кромѣ того упраздненіе ихъ могло бы разсматриваться въ нѣкоторыхъ кругахъ какъ устраненіе цѣннаго, поддерживаемаго по политическимъ соображеніямъ учрежденія". Вмѣстѣ съ тѣмъ проектъ не считаетъ, что наступило время для коренной реформы этого суда. Лейпцигскій профессоръ Биндингъ называетъ подобное рѣшеніе „трусливымъ и безславнымъ отступленіемъ, сохраняющимъ нѣмецкому народу на добрый десятокъ лѣтъ противный выродокъ французскаго революціоннаго законодательства, покрывшій себя тамъ неизгладимымъ позоромъ,—отступленіемъ въ угоду ненавистной, прихотливой и вредной практикѣ". Но какъ бы ни относиться къ суду присяжныхъ, нельзя не признать, что рѣшеніе это является болѣе раціональнымъ. Судъ присяжныхъ до сихъ поръ представляетъ собою загадку для континентальныхъ юристовъ и прежде, чѣмъ преобразовывать его, требуется хорошенько понять его смыслъ и значеніе, что въ настоящее время еще далеко не достигнуто.

Съ другой стороны, въ проектѣ не видно и того преклоненія предъ шеффенскимъ институтомъ, которое замѣчалось въ проектѣ комиссіи 1905 г. Союзный совѣтъ и правительство проектируютъ только одно крупное измѣненіе въ организаціи судебныхъ мѣстъ въ связи съ распространеніемъ шеффеновъ, встрѣченное въ юридическихъ кругахъ весьма благосклонно—введеніе въ составъ уголовныхъ камеръ (Strafkammer) ландгерихтовъ, состоящихъ нынѣ изъ однихъ коронныхъ судей и шеффенскаго элемента. Эти камеры по проекту должны будутъ состоять изъ двухъ судей и трехъ шеффеновъ и будутъ занимать срединное положеніе между шеффенскимъ судомъ при участковомъ судѣ (одинъ судья и 2 шеффена) и судомъ присяжныхъ. Апелляціонныя жалобы на эти суды должны будутъ приноситься въ „апелляціонные сенаты" (Berufungssenate), находящіеся при тѣхъ же ландгерихтахъ и состоящіе изъ пяти коронныхъ судей (безъ шеффеновъ). Образуя апелляціонную инстанцію при томъ же судебномъ мѣстѣ, проектъ принимаетъ мѣры къ большему обособленію ея отъ первой рѣшающей инстанціи. Предсѣдателемъ этихъ сенатовъ явится президентъ ландгерихта или одинъ изъ членовъ оберландгерихта, по назначенію предсѣдателя послѣдняго на одинъ годъ; кромѣ

того, по крайней мѣрѣ, два члена сената должны быть назначены изъ судей оберландгерихта; остальные члены избираются общимъ президентомъ ландгерихта спеціально для участія въ этой инстанціи, такъ что они будутъ лишены возможности рѣшать дѣла въ уголовныхъ камерахъ. Такіе сенаты могутъ быть организуемы при одномъ ландгерихтѣ для нѣсколькихъ ландгерихтовъ или можетъ быть нѣсколько сенатовъ при одномъ судебномъ мѣстѣ. Здѣсь такимъ образомъ проектируется вновь введеніе апелляціи на рѣшенія уголовныхъ камеръ, устраненной въ 1877 г.

По поводу введенія апелляціи въ этой области мотивы замѣчаютъ: „предложеніе допустить апелляцію и противъ приговоровъ уголовныхъ камеръ нынѣ едва ли нуждается въ болѣе детальномъ обоснованіи. Исторія попытокъ подобной реформы показываетъ, что необходимость возстановленія апелляціи стоитъ уже давно для законодательныхъ органовъ внѣ спора; эту потребность счелъ нужнымъ удовлетворить даже военно-судебный уставъ 1898 г. для военнаго судопроизводства. Современное положеніе, когда апелляція допустима на приговоры за незначительныя дѣянія, разсмотрѣнныя шеффенскими судами, и въ самыхъ незначительныхъ гражданскихъ дѣлахъ, и въ то же время исключается при присужденіи къ болѣе тяжкимъ наказаніямъ, производимомъ уголовными камерами, является внутренне противорѣчивымъ и не можетъ быть сохраняемо“. Любопытна мотивировка проекта и по поводу исключенія изъ апелляціонной инстанціи народнаго элемента: „противъ народнаго участія уже говоритъ то обстоятельство, что суды высшей инстанціи пользуются большимъ уваженіемъ и довѣріемъ, вслѣдствіе замѣщенія должностей особо опытными судьями по сравненію съ инстанціями низшими; среди же народныхъ судей уже напередъ исключена возможность выбора по большей или меньшей квалификаціи. Существенныя преимущества участія народа въ правосудіи уже обезпечены содѣйствіемъ его въ первой инстанціи; народные судьи исполняютъ свою задачу, выясняя и обстоятельно обсуждая каждый случай. Для дѣятельности въ апелляціонномъ судѣ, которая въ случаѣ возобновленія разсмотрѣнія доказательствъ заключаетъ въ себѣ извѣстную переоцѣнку взглядовъ перваго суда, представители народа менѣе пригодны“. Не ограничиваясь этими шаткими доказательствами, мотивы считаютъ нужнымъ сослаться на практическую невозможность, указывая, что въ цѣломъ рядѣ округовъ, особенно

со смѣшаннымъ нарѣчіемъ, нельзя найти достаточнаго количества шеффеновъ для участія въ апелляціонной инстанціи.

Биндингъ, въ своихъ замѣчаніяхъ на проектъ, вполнѣ правильно критикуетъ непослѣдовательность въ организаціи апелляціонной инстанціи. Будучи, вообще, противникомъ непрофессіональнаго суда, онъ тѣмъ не менѣе указываетъ, что нѣтъ основаній начало, припятое для первой инстанціи, исключать во второй. Соединеніе въ одномъ судебномъ мѣстѣ двухъ инстанцій онъ считаетъ экзотическимъ явленіемъ. „Шеффенъ признается недостойнымъ участвовать въ гордыхъ сенатахъ; благодаря этому послѣдніе пріобрѣтаютъ аристократическій оттѣнокъ, въ скромную камеру ландгерихта попадаетъ блестящій лучъ, которымъ окутанъ оберландгерихтъ, и какъ забьется сердце члена ландгерихта, когда онъ будетъ засѣдать подъ предсѣдательствомъ члена высшаго суда и въ коллегіи, носящей гордое имя римскаго сената! Это проектированное entre-deux членовъ двухъ судебныхъ мѣстъ представляетъ собою ужасающее изобрѣтеніе". Не раздѣляя ужасовъ Биндинга, мы не можемъ также согласиться и съ Гиппелемъ и Лиліенталемъ, одобряющими этотъ проектъ, такъ какъ, вообще, апелляція отъ народнаго элемента къ профессіональному судейскому представляетъ собою непормальность въ процессѣ. Допуская ее, составители проекта, вѣроятно, были подъ вліяніемъ англійскаго новаго закона объ апелляціи, но здѣсь только приходится пожалѣть о такомъ слѣпомъ подражаніи, такъ какъ положеніе коронныхъ судей въ Германіи далеко не такъ обезпечено и независимо, какъ мы то видимъ въ Англіи.

Въ связи съ организаціей судебныхъ мѣстъ, слѣдуетъ сказать еще объ одномъ многознаменательномъ измѣненіи, именно о значительномъ расширеніи компетенціи единоличнаго участковаго судьи, рѣшающаго безъ участія шеффеновъ. Въ настоящее время только въ очень рѣдкихъ случаяхъ (при легкихъ проступкахъ, дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія и при лѣсныхъ и полевыхъ проступкахъ) рѣшающимъ органомъ является единоличный участковый судья, на приговоры котораго приносятся жалобы въ уголовную камеру. Проектъ вводитъ здѣсь значительныя расширенія: въ единоличное вѣдомство судьи передаются и дѣла о преступленіяхъ (Vergehen), если они влекутъ денежный штрафъ до 300 марокъ или арестъ, а также нарушенія промышленнаго устава. Мотивируется это измѣненіе несложностью подобныхъ дѣлъ и слабостью публичнаго интереса по отношенію къ нимъ.

И здѣсь, повидимому, повліяла Англія; образцомъ для этого, вѣроятно, послужила компетенція единоличныхъ англійскихъ полицейскихъ судей. Однако единоличное начало не пользуется въ Германіи популярностью, и противъ него рѣшительно высказываются почти всѣ критики проекта.

Точно также вызываетъ осужденіе крайнее расширеніе компетенціи шеффенскихъ судовъ при участковомъ судьѣ на счетъ ландгерихтовъ. Такъ, значительно возвышается (съ 150 марокъ до 300) сумма цѣнности объекта преступленія, при которой дѣла о кражѣ, растратѣ, мошенничествѣ, укрывательствѣ и поврежденіи имущества должны быть разсматриваемы въ участковомъ судѣ; кромѣ того, границы факультативной передачи дѣлъ, по усмотрѣнію прокуратуры, расширяются настолько, что переходятъ въ область тяжкихъ преступленій (напр., тяжкія формы рецидива при кражѣ и мошенничествѣ), а по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ охватываютъ почти всѣ тяжкія преступленія. Такое перемѣщеніе компетенціи въ низшіе суды, представляющіе меньше гарантій, вызываетъ справедливыя опасенія, и нельзя не согласиться съ Гиппелемъ, что условія теперешняго производства передъ шеффенскимъ судомъ могутъ оказаться недостаточно надежными для рѣшенія столь серьезныхъ дѣлъ и вслѣдствіе этого можетъ быть дискредитированъ самъ шеффенскій институтъ.

III.

Значительнымъ шагомъ впередъ въ проектѣ является подробная разработка *особаго производства по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ*. Даже самые рѣзкіе противники проекта, какъ Биндингъ, видящіе въ немъ, вообще, *ухудшеніе* дѣйствующаго права, не отрицаютъ удачности пововведеній, касающихся несовершеннолѣтнихъ. За послѣдніе два года ни одинъ вопросъ такъ живо не обсуждался въ юридическихъ сферахъ Германіи, какъ вопросъ объ особыхъ судахъ для юношества, и по этому вопросу успѣли появиться буквально сотни книгъ и статей. Проектъ смѣло идетъ навстрѣчу этому движенію и создаетъ, въ согласіи съ требованіями его, рядъ постановленій, которыя Гиппель въ увлеченіи называетъ „bahnbrechende, grosszügige Neuschöpfung“.

Проектъ, какъ то имѣется и въ настоящее время, подчиняетъ всѣ дѣла о несовершеннолѣтнихъ до 18 лѣтъ участковому шеффенскому суду и уголовной камерѣ (въ суды присяжныхъ такія

дѣла не передаются); однако, по усмотрѣнію прокуратуры, компетенція перваго можетъ быть значительно расширена на счетъ второй. Помимо общаго расширенія вѣдомства участковыхъ шеффенскихъ судовъ, о которомъ мы говорили выше, здѣсь предусматривается передача имъ дѣлъ о поджогѣ, о поврежденіи желѣзнодорожныхъ путей и нѣкоторыхъ др., независимо отъ тяжести угрожаемаго наказанія. Мотивы оправдываютъ это расширеніе тѣмъ, что подобныя дѣянія среди несовершеннолѣтнихъ обычно разсматриваются какъ „пустяки“, и потому цѣлесообразно передать ихъ въ особые суды для несовершеннолѣтнихъ, учреждаемые при участковыхъ судахъ. Проектъ предоставляетъ министерству юстиціи учреждать особыя отдѣленія при участковыхъ судахъ для рѣшенія дѣлъ о несовершеннолѣтнихъ—Jugendgerichte. По отношенію къ дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ можетъ быть исключаема гласность, судебное разбирательство ихъ должно, по возможности, происходить раздѣльно отъ разбирательства о взрослыхъ; подслѣдственное заключеніе должно быть, по возможности, ограничено и не можетъ быть допустимо совмѣстно съ взрослыми. Крупнымъ нововведеніемъ является замѣна принципа законности принципомъ усмотрѣнія при возбужденіи преслѣдованій противъ несовершеннолѣтнихъ. Прокуроръ можетъ при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, учиненныхъ несовершеннолѣтними, не возбуждать преслѣдованія, „если наказаніе не вызывается публичнымъ интересомъ“ или, какъ замѣняетъ эти слова проектъ союзнаго совѣта, „если слѣдуетъ предпочесть наказанію воспитательныя или исправительныя мѣры; при чемъ слѣдуетъ принимать во вниманіе свойство дѣянія, характеръ и предшествующее поведеніе несовершеннолѣтняго“. При этихъ же условіяхъ и судъ можетъ отказаться отъ постановленія наказанія, хотя прокуроръ и возбудилъ преслѣдованіе. При отказѣ прокурора отъ возбужденія преслѣдованія опекунскій органъ можетъ принять соотвѣтственныя мѣры попеченія. Такъ какъ полномочія опекунскаго судьи рекомендуется передавать засѣдающему въ судѣ участковому судьѣ, то для судьи представляется при всякихъ условіяхъ возможность назначать по своему усмотрѣнію различныя воспитательно-исправительныя мѣры. Въ числѣ мѣръ воздѣйствія на несовершеннолѣтняго проектъ вводитъ особое „внушеніе“ (Mahnung), которое не разсматривается какъ наказаніе и, слѣдовательно, можетъ быть исполнено, не ожидая вступленія приговора въ законную силу, непосредственно послѣ слушанія дѣла (что чрезвы-

чайно важно для психологическаго вліянія и не оставляетъ пятна судимости). Къ сожалѣнію, проектъ сохраняетъ и по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ сокращенное производство и карательные приказы въ соотвѣтственныхъ случаяхъ, хотя эти способы производства рѣзко расходятся съ спеціальными задачами суда по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ.

Попечительное начало въ судахъ для юношества отражается и въ томъ, что органы этого суда должны избираться на особыхъ основаніяхъ. Такъ, проектъ указываетъ, чтобы предсѣдателемъ въ этомъ судѣ былъ, по возможности, опекунскій судья; шеффены должны избираться изъ числа педагоговъ, воспитателей, членовъ попечительныхъ союзовъ и лицъ, имѣющихъ опытъ въ области воспитанія, наконецъ, проектъ предусматриваетъ наличность особыхъ попечителей Vormundschaftbehörde, Pfleger, которымъ судья можетъ передавать наблюденіе за несовершеннолѣтнимъ до и послѣ суда.

Изложенныя начала проекта, отчасти уже, нужно сказать, осуществившіяся на практикѣ и показавшія полную свою пригодность, не могутъ не вызвать полнаго одобренія. Потребность въ освобожденіи практики въ этомъ вопросѣ отъ нѣкоторыхъ стѣсняющихъ постановленій закона настолько сильна, что цѣлый рядъ критиковъ проекта (Листъ, Биндингъ, Лиліенталь и др.) рекомендуютъ, не ожидая проведенія всего проекта въ цѣломъ, провести ихъ особымъ закономъ, въ необходимости котораго никто не сомнѣвается.

IV.

Однимъ изъ наиболѣе назрѣвшихъ вопросовъ реформы процесса является вопросъ о коренномъ измѣненіи положенія обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи въ связи съ общей перестройкой его. Въ этой области, пожалуй, энергичнѣе всего была борьба со стороны молодыхъ германскихъ процессуалистовъ [1]). И въ этой области болѣе всего сильна половинчатость проекта, его стремленіе какъ-нибудь пройти между сталкивающимися теченіями, кое-что предоставивъ тому и другому. Сравненіе проекта, сдѣланное Биндингомъ, съ „дѣвушкой, вернувшейся домой, которая каждаго хочетъ снабдить гостинцемъ“, наиболѣе примѣнимо именно къ этой части проекта. Съ одной стороны, онъ, обращаясь въ

[1]) См. *П. Люблинскій*, цит. ст., № 10, 1909 г.

сторону приверженцевъ существующаго инквизиціоннаго предварительнаго слѣдствія, строго замѣчаетъ по поводу проектовъ коренного пересмотра: „Проекты реформы, сдѣланные въ этомъ направленіи, многочисленны и разнообразны. Въ особенности часто требуется полное устраненіе судебныхъ протоколовъ допросовъ и актовъ предварительнаго слѣдствія; вмѣсто того должно имѣть мѣсто состязательное производство сторонъ предъ единоличнымъ судьей, рѣшающимъ объ открытіи главнаго производства; этотъ судья будетъ принимать представляемыя каждой стороной доказательства, выслушивать обвиняемаго и разрѣшать дѣйствія, необходимыя для дальнѣйшаго разслѣдованія. Если будетъ открыто главное производство, то предсѣдателю долженъ быть врученъ болѣе подробный обвинительный актъ, который по общему правилу долженъ являться единственнымъ матеріаломъ для руководства судебнымъ слѣдствіемъ; судебные протоколы допросовъ должны быть составлены только въ исключительныхъ случаяхъ. Проектъ воздержался отъ такого, столь далеко идущаго, преобразованія предварительнаго слѣдствія, такъ какъ оно не соотвѣтствуетъ интересамъ обвиняемаго и не можетъ служить для разслѣдованіи истины". Въ развитіе столь строгаго приговора, внесеннаго новымъ теченіемъ, „мотивы" слѣдующимъ образомъ аргументируютъ за преимущества слѣдователя по сравненію съ прокуроромъ: „Въ то время, какъ теперь прокуратура обязана собирать какъ обвиняющія, такъ и оправдывающія обвиняемаго обстоятельства, ей была бы приписана, при такой постановкѣ предварительнаго производства, роль исключительно обвинителя. Слѣдственный судья, къ ущербу для интересовъ обвиняемаго, былъ бы совершенно устраненъ. Между тѣмъ судья легче, чѣмъ прокуроръ, могъ бы сохранить необходимую объективность по отношенію къ обвиняемому и его защитнику; кромѣ того, онъ имѣетъ болѣе независимое положеніе по сравненію съ органомъ обвиненія. Особенно въ запутанныхъ дѣлахъ является важнымъ содѣйствіе судебнаго органа; это же дѣйствительно и для тѣхъ дѣлъ, которыя требуютъ частаго обращенія къ суду для предпринимания важнѣйшихъ слѣдственныхъ дѣйствій (взятія подъ стражу, обысковъ, осмотровъ, допросовъ подъ присягой и пр.), что дѣлаетъ даже необходимымъ врученіе производства слѣдствія въ руки одного судьи. Обвиняемый, который долженъ былъ бы самъ, безъ содѣйствіи власти, собирать и представлять къ сроку свои доказательства, долженъ былъ бы вести неравную борьбу съ прокуроромъ,

въ особенности, если самъ онъ неопытенъ и не имѣетъ средствъ, чтобы пригласить защитника или надлежаще организовать свою защиту, чѣмъ было создано значительное неравенство съ преимуществомъ на сторонѣ состоятельнаго класса. Кромѣ того, нельзя думать, что судья, дающій рѣшенія по отдѣльнымъ слѣдственнымъ дѣйствіямъ (im Vortermin) въ сложныхъ дѣлахъ, при отсутствіи предварительной подготовки, сумѣетъ находить соотвѣтствующее рѣшеніе. Что же касается необходимаго информированія предсѣдателя для руководства дѣломъ на судебномъ слѣдствіи, то обвинительный актъ, даже если бы онъ былъ составленъ подробнѣе, не могъ представить болѣе точнаго и безпристрастнаго основанія, чѣмъ акты предварительнаго слѣдствія. Отсрочки разбирательства и неправильныя рѣшенія были бы слѣдствіемъ этого и вызвали скорѣе ухудшеніе, чѣмъ улучшеніе теперь существующаго производства". Послѣ такой уничтожающей критики остается удивляться, какъ подобная система состязательнаго слѣдствія дѣйствуетъ съ успѣхомъ въ Англіи и какъ могли заблуждаться лучшіе германскіе процессуалисты, рекомендуя эту систему. Но эта критика не покажется страшной, если мы примемъ во вниманіе, что новаторы вовсе не предполагали оставить обвиняемаго беззащитнымъ, что они и ему имѣли въ виду предоставить право пользоваться услугами полиціи для розысковъ; что болѣе безпристрастное положеніе слѣдователя, какъ судьи, является почти миоомъ, которому не всегда вѣрятъ даже сами составители проекта и которое почти совсѣмъ не сказывается въ его дѣятельности; что частое обращеніе къ коллективному суду при различныхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ имѣетъ мѣсто и при существующей системѣ, въ виду необходимости частаго обжалованія дѣйствій слѣдователя.

Высказываясь такимъ образомъ за сохраненіе предварительнаго слѣдствія, проектъ дѣлаетъ все же уступку новаторамъ, расширяя довольно значительно права обвиняемаго на этой стадіи. „Нужно обезпечить обвиняемому возможность еще до открытія главнаго производства знать въ достаточной степени факты, обвиняющіе его, чтобы онъ могъ сдѣлать надлежащія предложенія объ изслѣдованіи нужныхъ, съ его точки зрѣнія, доказательствъ". Нужно обезпечить положеніе, „которое исключаетъ односторонность, несовершенство и недостаточную объективность производства". Для этой цѣли обвиняемому, „помимо существующихъ у него теперь правъ (права присутствованія при актахъ, оконча-

тельно устанавливающихъ доказательства, не могущія быть предъявленными суду, права быть оповѣщеннымъ о пріостановкѣ слѣдствія), присвоивается право присутствовать при всякомъ судебномъ допросѣ свидѣтелей или экспертовъ, поскольку нѣтъ основаній опасаться опасности для цѣлей разслѣдованія, право предлагать свидѣтелямъ и экспертамъ вопросы, поскольку они, по мнѣнію судьи, могутъ служить къ выясненію дѣла. Обвинительный актъ долженъ быть вручаемъ до судебнаго слѣдствія по всѣмъ дѣламъ (нынѣ по дѣламъ, подсуднымъ шеффенскимъ судамъ, этого требованія нѣтъ), при чемъ по важнѣйшимъ дѣламъ — не позднѣе, чѣмъ за три дня до засѣданія. Назначеніе защитника въ дѣлахъ, гдѣ защита признается необходимой (дѣла, подсудныя суду присяжныхъ и имперскому суду), должно послѣдовать тотчасъ послѣ открытія предварительнаго слѣдствія (теперь послѣ врученія обвинительнаго акта); по другимъ дѣламъ просьба о назначеніи защитника можетъ быть также заявлена въ этотъ моментъ производства. Однако, проектъ не возвышается до признанія положенія о необходимости назначенія защитника каждому обвиняемому, содержащемуся подъ стражей, какъ то признается нужнымъ современными теченіями. Понятіе необходимой защиты расширяется лишь по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ до 18 лѣтъ, которые получаютъ ее по всѣмъ дѣламъ. Проектъ предусматриваетъ, далѣе, возможность назначенія защитника только для опредѣленной части процесса. Въ принципѣ проектъ устанавливаетъ свободу сношеній заключеннаго подъ стражу обвиняемаго съ защитникомъ, но не проводитъ это начало полностью: „если имѣются факты, которые оправдываютъ допущеніе, что обвиняемый злоупотребляетъ сношеніемъ съ защитникомъ въ цѣляхъ уничтоженія слѣдовъ дѣянія или воздѣйствія на свидѣтелей и соучастниковъ, то судья можетъ предписать, чтобъ письменныя сношенія между обвиняемымъ и его защитникомъ, просмотръ которыхъ ему недоступенъ, были устранены и переговоры съ защитникомъ происходили только въ его присутствіи. Осмотръ актовъ предварительнаго слѣдствія становится правомъ защитника и только отдѣльные акты могутъ быть изъяты изъ такого осмотра, „если это можетъ повредить цѣли разслѣдованія", впрочемъ, и это ограниченіе отпадаетъ, когда сдѣлано предложеніе объ открытіи главнаго производства. Слѣдуя французскому закону 1897 г., проектъ предоставляетъ защитнику, съ разрѣшенія слѣдственнаго судьи, присутствовать при первоначальномъ допросѣ обвиняемаго; въ

такихъ случаяхъ допускается и прокуратура. Осторожность въ предоставленіи этой возможности проектъ мотивируетъ тѣмъ, что могутъ произойти случаи „въ которыхъ откровенное показаніе отъ обвиняемаго можетъ быть получено судьей только въ отсутствіе обвинителя и защитника". Предоставляя защитнику, какъ и самому обвиняемому, право задавать вопросы свидѣтелямъ и экспертамъ при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, проектъ однако не указываетъ на возможность такихъ вопросовъ со стороны защитника при допросѣ самого обвиняемаго, такъ что въ общемъ защитникъ при допросѣ своего подзащитнаго является „безмолвнымъ свидѣтелемъ". Весьма цѣнными являются мѣры, направленныя къ ознакомленію защитника съ ходомъ предварительнаго слѣдствія. „Чтобы защитникъ былъ въ состояніи фактически осуществлять свои права—говорятъ „мотивы"—принято во вниманіе, чтобы въ каждомъ случаѣ, когда зайдетъ рѣчь о его содѣйствіи въ дѣлѣ, онъ получалъ самостоятельное извѣщеніе и, чтобы онъ былъ освѣдомленъ о срокахъ, предоставляемыхъ обвиняемому, и о важнѣйшихъ доступныхъ для обвиняемаго документахъ".

При такихъ условіяхъ положеніе обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи явится значительно болѣе гарантированнымъ, чѣмъ въ настоящее время. Значеніе этихъ гарантій, однако, сильно подрывается ухудшеніемъ положенія привлеченнаго къ отвѣтственности во время прокурорскаго дознанія, являющагося въ Германіи самостоятельной стадіей процесса и въ 95% всѣхъ дѣлъ вытѣсняющаго предварительное слѣдствіе. „Подозрѣваемый", противъ котораго начато дознаніе, остается такимъ же безправнымъ, какъ и теперь; проектъ идетъ даже дальше, запрещая подозрѣваемому пользоваться помощью защитника на этой стадіи; онъ требуетъ лишь, чтобы прокуроръ, если онъ признаетъ необходимымъ внести въ судъ обвинительный актъ, устно сообщалъ подозрѣваемому имѣющіяся противъ него основанія подозрѣнія.

Среднее положеніе въ проектѣ занимаетъ обвиняемый, допрошенный въ качествѣ такового слѣдственнымъ судьей, но противъ котораго не возбуждено предварительнаго слѣдствія, а лишь производится дознаніе; онъ можетъ пользоваться защитой и присутствовать при судебныхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ.

Въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ положеній проекта усиливается власть прокуратуры надъ правами обвиняемаго: прокуратура можетъ лишать его „естественной подсудности", передавая дѣло изъ уголовной камеры въ участковый судъ (см. выше), въ ея руки

переходитъ цѣликомъ исполненіе судебныхъ приговоровъ, ей предоставляется, при опасности промедленія, производить личный обыскъ у подозрѣваемаго, наконецъ, въ зависимости отъ усмотрѣнія прокуратуры находится возбужденіе преслѣдованія по ряду преступныхъ дѣяній. Несомнѣнно, такое усиленіе правъ прокурора на счетъ правъ обвиняемаго противорѣчитъ началамъ обвинительнаго процесса, приближеніе къ которому должно являться руководящей задачей законодателя. Оно представляетъ собою возмѣщающее приверженцевъ стараго отклоненіе вправо за нѣкоторый уклонъ влѣво въ области правъ обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи.

V.

Параллельно съ правовымъ положеніемъ защиты умѣстно разсмотрѣть и предполагаемыя измѣненія къ постановкѣ обвиненія. Наиболѣе интересной новинкой здѣсь является нѣкоторое расширеніе принципа усмотрѣнія, при возбужденіи преслѣдованія прокуратурой, на счетъ принципа законности. Въ настоящее время это усмотрѣніе допускается только при дѣяніяхъ, учиненныхъ за границей, и при дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія. Проектъ также признаетъ первенствующее значеніе принципа законности: „онъ образуетъ въ важныхъ дѣлахъ незамѣнимую гарантію для равнаго и безпартійнаго права обвиненія, осуществляемаго прокуратурой“. Но чрезмѣрное расширеніе этого начала „приводитъ часто къ назначенію противъ неимущихъ лицъ за незначительные проступки краткосрочныхъ, лишенныхъ значенія для правосудія, для осужденнаго же чрезвычайно вредныхъ мѣръ лишенія свободы“. Въ виду этого, во всѣхъ дѣлахъ, подсудныхъ единоличному участковому судьѣ (кругъ ихъ, какъ мы видѣли, предположено значительно расширить), возбужденіе преслѣдованія можетъ имѣть мѣсто только тогда, „когда къ тому имѣется, въ каждомъ случаѣ, публичный интересъ“ или, по измѣненной редакціи союзнаго совѣта, „при малозначительности проступка“, причемъ примѣненіе этого принципа не можетъ имѣть мѣста, если потерпѣвшій ходатайствуетъ о наказаніи. Подобный шагъ признается германскими процессуалистами слишкомъ смѣлымъ. Гиппель предлагаетъ ограничить дѣйствіе усмотрѣнія во всѣхъ случаяхъ, когда наказанія требуетъ не только потерпѣвшій, но и любой гражданинъ, такъ какъ при проступкахъ очень трудно

установить понятіе потерпѣвшаго. Представители старыхъ теченій, Биндингъ и Биркмейеръ [1]), совершенно отрицательно относятся къ нему; наоборотъ, Листъ и В. Миттермайеръ относятся къ нему одобрительно. Намъ думается, что проектъ занимаетъ правильную позицію (конечно, если сохранить монополію офиціальнаго преслѣдованія). Предоставленіе же каждому гражданину права требовать производства, какъ то предлагаетъ Гиппель, могло бы вызвать несомнѣнно развитіе злоупотребленій на этой почвѣ.

Другимъ расширеніемъ принципа усмотрѣнія является введенное въ проектъ постановленіе, по которому прокуроръ можетъ воздержаться отъ возбужденія преслѣдованія „въ случаяхъ, когда наказаніе, къ которому можетъ привести преслѣдованіе, явится не имѣющимъ особенной важности по сравненію съ тѣмъ, которое ожидается или уже назначено за другое дѣяніе".

О распространеніи начала усмотрѣнія на всѣ дѣянія несовершеннолѣтнихъ мы уже говорили и потому перейдемъ къ случаямъ частнаго преслѣдованія, въ установленіи которыхъ также находитъ свое ограниченіе принципъ законности.

Кругъ деликтовъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія, расширяется; начало частнаго обвиненія распространяется на слѣдующія дѣянія: нарушеніе домашняго мира (ст. 123 уг. ул.), опасное тѣлесное поврежденіе (ст. 223а), неосторожное тѣлесное поврежденіе, причиненное при отправленіи профессіональной или должностной обязанности (ст. 230 п. 2), угроза (ст. 241), поврежденіе имущества (ст. 303); проектъ союзнаго совѣта относитъ сюда еще: нарушеніе тайны корреспонденціи (ст. 299) и всѣ наказуемыя нарушенія литературной, художественной и промышленной собственности. Расширеніе это является громаднымъ. По подсчету Гиппеля, число осужденныхъ за эти деликты, по даннымъ статистики 1906 г., равняется 156.139 лицамъ, т. е. 29,2% всѣхъ осужденныхъ. Введеніе въ этой области начала жалобы, какъ необходимой предпосылки, и поставленіе преслѣдованія въ зависимость отъ воли потерпѣвшихъ можетъ значительно видоизмѣнить общую картину преступности. Биндингъ и здѣсь является непримиримымъ противникомъ проекта, называя начало частнаго обвиненія „потворствомъ всѣмъ преступникамъ противъ болѣе мягкосердечныхъ гражданъ" и указывая на то бремя риска, въ видѣ возможной уплаты судебныхъ издержекъ, которое при этомъ

[1]) Deutsche Juristenzeitung 1909, стр. 1058.

упадетъ на голову бѣднаго потерпѣвшаго; начало частнаго обвиненія, по его мнѣнію, противорѣчитъ принципу „равная вина—равное наказаніе“; въ частности совершенно недопустимо оно въ области опасныхъ тѣлесныхъ поврежденій.

VI.

Нѣкоторый прогрессъ, хотя очень скромный, наблюдается въ постановленіяхъ проекта о принудительныхъ мѣрахъ въ процессѣ.

При выемкѣ письменныхъ документовъ или актовъ, находящихся на храненіи у должностныхъ лицъ или въ публичныхъ учрежденіяхъ, въ настоящее время представляется та гарантія (ст. 96), что высшее начальство можетъ заявить о недопустимости выемки въ случаѣ, если она можетъ повредить благу имперіи или союзнаго государства. Проектъ распространяетъ эту гарантію на всѣ предметы, находящіеся на храненіи въ неофиціальныхъ учрежденіяхъ или на храненіи законодательнаго собранія. Неподлежащими выемкѣ по дѣйствующему праву являются акты переписки лицъ, имѣющихъ право отказаться отъ свидѣтельскихъ показаній по дѣлу съ обвиняемымъ; проектъ распространяетъ эту защиту и на лицъ, освобождаемыхъ отъ свидѣтельскихъ показаній въ силу должности (духовниковъ, должностныхъ лицъ въ извѣстныхъ случаяхъ) и на всякія записки по поводу такихъ сообщеній. Свободной отъ выемки является и переписка между защитникомъ и обвиняемымъ, кромѣ случая побѣга послѣдняго. При чтеніяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія, ходатайство о выемкѣ должно быть заявлено потерпѣвшимъ не позже двухъ недѣль послѣ возбужденія дѣла. Въ области обыска проектъ не создаетъ замѣтныхъ улучшеній. Больше ихъ въ области подслѣдственнаго заключенія.

Несмотря на энергичную критику въ литературѣ, проектъ попрежнему признаетъ двѣ цѣли подслѣдственнаго заключенія: опасеніе побѣга и опасеніе сокрытія слѣдовъ (Kollusionshaft). Сохраняя послѣднюю цѣль, проектъ однако нѣсколько возвышаетъ минимумъ грозящаго наказанія, при которомъ допустимо примѣненіе ея; когда за дѣяніе положена тюрьма до 3 мѣсяцевъ или пеня до 3000 марокъ,—взятіе подъ стражу изъ-за опасенія сокрытія слѣдовъ недопустимо; примѣненіе же взятія подъ стражу лицъ, подозрѣваемыхъ въ побѣгѣ отъ правосудія, въ этомъ случаѣ воз-

можно лишь по отношенію къ лицамъ, особо подозрительнымъ (неимѣющимъ осѣдлости, бродягамъ). Недопустимымъ по проекту является далѣе подслѣдственное заключеніе, если, и при обвиненіи въ болѣе тяжкихъ дѣяніяхъ, въ приговорѣ можно ожидать наказанія тюрьмой на срокъ не свыше 1 мѣсяца или денежной пеней до 3000 марокъ. Это опредѣленіе допустимости ареста размѣрами наказанія in thesi является новой чертой, вызванной чрезмѣрнымъ расширеніемъ судейскаго усмотрѣнія въ области наказанія. При обвиненіи въ тяжкихъ преступленіяхъ (Verbrechen) дѣйствующее право не требуетъ мотивировки опасности уклоненія, предполагая ее существующей по общему правилу; проектъ смягчаетъ это постановленіе, допуская отказъ отъ мотивировки лишь въ томъ случаѣ, если въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ (in thesi) можно ожидать значительнаго наказанія (смертной казни, каторжныхъ работъ или иного лишенія свободы на срокъ болѣе одного года).

Продолжительность подслѣдственнаго заключенія при прокурорскомъ дознаніи установлена въ 4 недѣли для преступленій и въ 2 недѣли для проступковъ; возобновленіе этого срока, въ противоположность дѣйствующему праву, недопустимо. При предварительномъ слѣдствіи, по прошествіи двухъ мѣсяцевъ со дня взятія подъ стражу обвиняемаго, судъ долженъ ex officio пересмотрѣть вопросъ о необходимости дальнѣйшаго содержанія подъ стражей обвиняемаго.

Съ цѣлью расширить гарантіи обжалованія, проектъ постановляетъ: 1) чтобы факты, послужившіе основаніемъ ко взятію подъ стражу, были приводимы въ самомъ постановленіи о томъ и 2) предоставляетъ право заключенному устно сообщать судьѣ, рѣшающему вопросъ о продолженіи подслѣдственнаго заключенія, свои возраженія противъ заключенія.

Нѣсколько улучшенными являются и постановленія о режимѣ подслѣдственнаго заключенія; здѣсь устанавливается принципъ, что „подслѣдственное заключеніе должно служить къ тому, чтобы удерживать отъ побѣга или затрудненія разслѣдованія истины; оно должно быть выполняемо съ возможнымъ огражденіемъ личности и чести заключеннаго“.

VII.

Въ области доказательствъ нововведеніемъ является устраненіе принудительности показаній по дѣламъ печати. Редакторъ, издатель, типографщикъ и персоналъ типографіи получаютъ право

отказаться отъ показанія относительно имени сочинителя инкриминируемой статьи, однако—при двухъ условіяхъ: 1) чтобы въ этомъ случаѣ самъ редакторъ могъ быть наказанъ по ст. 20 закона о печати (за небрежность) и 2) чтобы дѣло не составляло тяжкаго преступленія. Этимъ постановленіемъ создается какъ бы особая профессіональная тайна для періодической печати, что необходимо для большаго развитія свободы ея. Проектъ, впрочемъ, узаконяетъ лишь фактически давно создавшееся положеніе.

Болѣе гарантированной является личность свидѣтеля, показывающаго по дѣлу. „Вопросы, отвѣтъ на которые можетъ навлечь безславіе на свидѣтеля или близкихъ, не могутъ быть ему предлагаемы, кромѣ случаевъ, когда судъ признаетъ ихъ неизбѣжными. Вопросы о томъ, былъ ли наказанъ свидѣтель, поскольку они не предлагаются для выясненія возможности допустить его къ присягѣ, допускаются только по отношенію къ опредѣленнымъ случаямъ понесенія имъ наказанія и только тогда, когда судъ признаетъ ихъ неизбѣжными для оцѣнки достовѣрности показаній свидѣтеля". Разспросъ о личныхъ отношеніяхъ свидѣтеля можетъ имѣть мѣсто лишь, „поскольку онъ необходимъ для установленія его личности и допустимости его къ показанію и присягѣ".

Интересны попытки проекта ограничить широкое примѣненіе присяги, что составляетъ настоящую болѣзнь современнаго германскаго процесса. Для свидѣтелей вводится уже не предварительная присяга, а подкрѣпляющая, послѣ показанія. Для экспертовъ предоставляется свободный выборъ между той и другой. Значительно расширяются случаи устраненія отъ присяги по усмотрѣнію суда. Такъ, кромѣ родственниковъ обвиняемаго, могутъ быть устраняемы и родственники частнаго обвинителя; затѣмъ, „каждый свидѣтель можетъ быть освобождаемъ отъ присяги при отвѣтѣ на такіе вопросы, которые могутъ навлечь безславіе или уголовное преслѣдованіе на него самого или близкихъ". Проектъ допускаетъ принесеніе присяги только относительно части свидѣтельскихъ показаній. По всѣмъ дѣламъ, подсуднымъ участковому суду, присяга можетъ быть неприносима, если она не будетъ признана необходимой предсѣдателемъ или не будетъ до окончанія изслѣдованія доказательствъ потребована какимъ-либо членомъ суда или какимъ-либо участвующимъ въ дѣлѣ лицомъ; присутствующія на судѣ участвующія въ дѣлѣ лица предварительно опрашиваются о томъ. Наконецъ, отъ присяги освобождается свидѣтель, уже дававшій показанія подъ присягой на предвари-

тельномъ слѣдствіи по тому же дѣлу. Эксперты могутъ быть освобождаемы отъ присяги по всякимъ дѣламъ (теперь только по дѣламъ, разсматривающимся въ участковыхъ судахъ).

Изъ другихъ доказательствъ обращаетъ на себя вниманіе изслѣдованіе умственныхъ способностей обвиняемаго. Въ случаяхъ частнаго обвиненія и при дѣяніяхъ, подсудныхъ единоличному судьѣ, заключеніе обвиняемаго въ лѣчебницу для умалишенныхъ совершенно недопустимо. Въ другихъ случаяхъ оно можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда подробное наблюденіе за обвиняемымъ инымъ образомъ неосуществимо. Обвиняемому предоставляется избѣгнуть заключенія въ публичное лѣчебное учрежденіе добровольнымъ пріисканіемъ частнаго учрежденія. Максимальный срокъ испытанія, какъ въ настоящее время, равенъ шести недѣлямъ, но и до истеченія этого срока экспертъ долженъ извѣстить судъ о пріостановкѣ его, если собраны данныя, достаточныя для дачи заключенія по дѣлу. Проектъ предоставляетъ широкое право жалобы, пріостанавливающей примѣненіе самой мѣры. Къ сожалѣнію, къ невыгодѣ обвиняемаго, проектъ вводитъ здѣсь нѣкоторыя ограниченія необходимой защиты.

VIII.

Изъ числа остальныхъ измѣненій, разбросанныхъ по различнымъ частямъ проекта, заслуживаютъ упоминанія еще слѣдующія.

Проектъ дѣлаетъ едва ли вызываемый необходимостью шагъ, устраняющій различіе между мѣстной и предметной подсудностью, что приводитъ къ большей неопредѣленности. Онъ вводитъ затѣмъ расширеніе параллельной подсудности, допуская наряду съ подсудностью мѣста учиненія дѣянія подсудность обычнаго пребыванія обвиняемаго, а въ отдѣльныхъ случаяхъ даже временнаго пребыванія его. Эта мѣра, вызванная подражаніемъ французскому праву, порождаетъ въ литературѣ большія сомнѣнія.

Въ стадіи рѣшенія вопроса объ открытіи главнаго производства (соотвѣтствующей у насъ стадіи преданія суду) предполагается ограничить кругъ разрѣшаемыхъ вопросовъ только вопросами о томъ, слѣдуетъ ли открыть главное производство, и если да, то предъ какимъ судомъ. Оцѣнка доказательствъ и правовой природы преступнаго дѣянія исключается. Вмѣстѣ съ тѣмъ, благодаря такому измѣненію, при главномъ производствѣ предполагается

прочитывать не формулу объ открытіи главнаго производства, какъ теперь, а обвинительный актъ, составленный прокуроромъ.

По дѣламъ, подсуднымъ суду присяжныхъ и имперскому суду, въ виду того, что здѣсь отсутствуетъ апелляціонное обжалованіе, обвиняемому предоставлена возможность приносить возраженія противъ обвиненія еще до открытія судебнаго производства въ особый срокъ (Vorermin); къ этому сроку заключенный подъ стражей приводится въ судъ (при наличности защитника, послѣднему посылается также извѣщеніе), который выслушиваетъ его замѣчанія по поводу предполагаемаго предапія суду.

На судебномъ слѣдствіи вводится рядъ мелкихъ поправокъ, какъ, напр.: право отсрочивать судебное разбирательство на срокъ до одной недѣли (вмѣсто трехъ дней); право предсѣдателя поручать допросъ подсудимаго какому-либо члену суда; обязанность, возлагаемая на членовъ суда, воздерживаться отъ высказыванія своего мнѣнія о виновности или невинности подсудимаго, и т. д.

Въ области апелляціоннаго обжалованія проектъ вводитъ новое важное начало, по которому пересмотръ происходитъ всегда полностью, при чемъ обязательными для суда являются всѣ правила о непосредственности въ изслѣдованіи доказательствъ, нынѣ предписываемыя только для суда первой инстанціи.

При возобновленіи уголовныхъ дѣлъ основаніемъ къ тому нынѣ является случай, когда „свидѣтель совершилъ умышленное или неосторожное клятвопреступленіе". Проектъ, имѣя въ виду широту допускаемыхъ безъ присяги свидѣтельскихъ показаній, указываетъ въ качествѣ достаточнаго основанія всякое „ложное показаніе свидѣтеля или эксперта".

Шагомъ назадъ является введеніе ряда особенныхъ порядковъ процесса, стремящихся ускорить и упростить производство, не останавливаясь даже предъ пожертвованіемъ существенными гарантіями процесса. Они всѣ порождены стремленіемъ поскорѣе раздѣлаться съ дѣломъ и сводятъ правосудіе къ Abmacherei, по выраженію Биндинга. Прежде всего упрощается рядъ процессуальныхъ условій, гарантирующихъ основательность судебной дѣятельности. Такъ, по дѣламъ, разсматривающимся въ участковыхъ судахъ, несмотря на значительное увеличеніе тяжести ихъ, сохраняется участіе мало подготовленныхъ Amtsanwalt'овъ, количество судей въ апелляціонной инстанціи на приговоры участковыхъ судовъ сокращается съ пяти до трехъ, мотивировка приговора и протоколъ значительно упрощаются. Но помимо всего этого,

вводится особо упрощенный порядокъ, такъ называемаго скораго производства (Schleuniges Verfahren), приблизительно соотвѣтствующій французскому институту непосредственнаго привода въ судъ. Онъ проектируется при всѣхъ проступкахъ, когда подозрѣваемый приведенъ къ судьѣ и прокуроръ изъявитъ свое согласіе немедленно слушать дѣло. Ему подлежатъ дѣла, „въ которыхъ преслѣдованіе привело къ аресту подозрѣваемаго и доказательства могутъ быть представлены немедленно или отпадаетъ потребность въ представленіи доказательствъ". Свидѣтели въ такихъ случаяхъ немедленно приглашаются въ судъ. Въ обрисовкѣ германскаго проекта этотъ порядокъ приближается къ намѣченному у насъ въ проектѣ о мѣстномъ судѣ разбирательству въ порядкѣ неотложности. Наряду со скорымъ производствомъ расширяется примѣненіе карательныхъ приказовъ (они допустимы въ проектѣ при грозящемъ наказаніи до 6 мѣсяцевъ тюрьмы, — теперь до трехъ, и при денежной пенѣ безъ ограниченій, — теперь до 600 марокъ). Если къ этому прибавить еще колоссальное расширеніе заочнаго разбирательства (каждое дѣло, кромѣ подсудныхъ суду присяжныхъ и имперскому суду, можетъ быть разсматриваемо заочно, — теперь только дѣла о проступкахъ), то мы въ итогѣ получимъ печальную картину торопливаго правосудія, растерявшаго почти всѣ свои гарантіи. Понятно, что эти постановленія проекта находятъ себѣ самую рѣзкую оппозицію.

IX.

Мы разсмотрѣли существенныя черты проекта, выработаннаго германскимъ правительствомъ и союзнымъ совѣтомъ, насколько онѣ могутъ быть интересны для русскаго читателя. Я воздерживался отъ самостоятельной оцѣнки ихъ, такъ какъ она является слишкомъ сложной для небольшого доклада. Несомнѣнно, въ разсмотрѣнномъ проектѣ многое заслуживаетъ одобренія, въ особенности съ точки зрѣнія нашего процессуальнаго права, значительно регрессировавшаго послѣ судебныхъ уставовъ, стоявшихъ въ свое время на достаточной высотѣ развитія; многое, наоборотъ, является продуктомъ отсталыхъ вліяній, плодомъ стремленія къ компромиссу съ консервативными тенденціями. Какъ ни странно, послѣ энергичной агитаціи въ пользу началъ англійскаго процесса, вліяніе его на проектъ въ конечномъ результатѣ явилось совершенно ничтожнымъ; наоборотъ, несмотря на постоянное отталкиваніе

отъ французскихъ идей, проектъ во многихъ отношеніяхъ склоняется къ институтамъ французскаго права (ср. положеніе прокуратуры, порядокъ ускореннаго производства, допущеніе защитника въ камеру слѣдователя въ качествѣ безмолвнаго свидѣтеля и пр.). Специфическихъ институтовъ, выработанныхъ германскимъ процессомъ, проектъ касается мало: судъ шеффеновъ получаетъ лишь небольшое развитіе; дознаніе, руководимое прокуроромъ, становится болѣе грознымъ для обвиняемаго, но въ общей своей постановкѣ остается такимъ же.

Среди современныхъ процессуалистовъ почти нѣтъ сторонниковъ проекта въ полномъ его видѣ. Германская группа признаетъ его пріемлемымъ, высказавъ пожеланія дальнѣйшаго развитія началъ обвинительнаго процесса, устраненія многочисленности инстанцій и лучшей регламентаціи принципа законности. Наиболѣе обстоятельный критикъ проекта, проф. Гиппель, одобряя проектъ, наиболѣе сильно возражаетъ противъ перемѣщенія подсудности, сокращенныхъ порядковъ производства, несоотвѣтственнаго положенія прокурора и пр. Проф. Лиліенталь склоняется также въ общемъ въ пользу проекта, возражая въ особенности противъ сохраненія предварительнаго слѣдствія въ старой формѣ. Наоборотъ, рѣшительный противникъ проекта въ цѣломъ проф. Биндингъ высказывается категорически: „Намъ предлагаютъ замѣнить въ общемъ лучшее право на право совершенно негодное. Къ такому предложенію я, по крайней мѣрѣ, отношусь отрицательно. Нашему народу будетъ значительно лучше, если рейхстагъ просто отклонитъ проектъ".

Можно полагать, что проектъ подвергнется значительнымъ переработкамъ въ рейхстагѣ; вѣроятнѣе всего даже, что изъ него будетъ выдѣлено нѣсколько отдѣльныхъ проектовъ, которые въ качествѣ новеллъ будутъ присоединены къ дѣйствующему уставу. Ближайшее будущее рѣшитъ этотъ вопросъ. Но пройдетъ или не пройдетъ этотъ проектъ въ жизнь, все же ознакомленіе съ главными чертами его полезно, какъ установленіе нѣкоторыхъ данныхъ для оцѣнки нашего собственнаго права съ точки зрѣнія успѣховъ Запада, развивающаго начала своего уголовнаго суда въ атмосферѣ болѣе спокойной и чистой, чѣмъ та, въ которой приходится развиваться и дѣйствовать нашему правосудію.

По окончаніи сообщенія П. И. Люблинскаго слово предоставляется второму докладчику *Р. Л. Вейсману*, изложившему передъ собраніемъ свой докладъ.

I.

Когда мы говоримъ о правѣ воздухоплаванія въ параллель съ правомъ желѣзнодорожнымъ или морскимъ, мы имѣемъ въ виду не то, что уже образовалось и имѣется налицо, а лишь то, что имѣетъ быть и, несомнѣнно, появится. Не говоря уже о Россіи, гдѣ нѣтъ рѣшительно ни одной работы по этому вопросу, Франція имѣетъ пока Фошиля, выдвинувшаго этотъ вопросъ въ началѣ девятисотыхъ годовъ, Германія правомъ воздухоплаванія заинтересована главнымъ образомъ лишь съ прошлаго года и имѣетъ представителей въ лицѣ Грюнвальда, Мейли, Мейера и Меурера и немногихъ другихъ. Нельзя сказать, чтобы они давали разнообразіе, такъ какъ въ большинствѣ случаевъ повторяютъ другъ друга, варьируя на всѣ лады аналогію между правомъ воздухоплаванія и морскимъ правомъ. Наша скромная задача синтезировать эти взгляды. Мы заранѣе сознаемъ всю эскизность нашей работы; она лежитъ прежде всего въ природѣ самой темы, едва только народившейся, и того обстоятельства, что приходится оперировать надъ самыми различными правовыми вопросами, требующими каждый своего спеціалиста и самостоятельнаго углубленія. И если я позволилъ себѣ, какъ юристъ-практикъ, предложить этотъ докладъ вниманію С.-Петербургскаго юридическаго общества, то только въ той надеждѣ, что я даю лишь черновикъ, который можетъ быть исправленъ болѣе опытными и умѣлыми руками тѣхъ, которые послѣдуютъ за этой темой.

Сдѣлавъ эту необходимую оговорку, мы приступимъ къ дѣлу.

Изъ самого понятія права воздухоплаванія явствуетъ, что дѣло идетъ прежде всего о воздухѣ, и право плаванія въ воздухѣ выяснится лишь тогда, когда мы установимъ право на воздухъ вообще.

Объектомъ нашей первой части доклада, такимъ образомъ, будетъ воздухъ—воздушное пространство. Выраженіе это, по мнѣнію Эритропеля [1]), не точно, такъ какъ въ немъ находится не только воздухъ въ физическомъ смыслѣ этого слова, но и масса другихъ необходимыхъ для жизни людей и пользованія ими на своихъ земляхъ—такихъ веществъ, какъ теплота, свѣтъ, электричество, газы и т. д. Хотя воздухъ и носитъ эти вещества въ себѣ, но они имѣютъ свою природу, отличную отъ него. Воздухъ, несо-

[1]) Das Recht am Luftraum. I. Dissertation S. 5 Note 1.

мѣнно, служитъ человѣку, который пользуется пространствомъ, какъ таковымъ, наполняя его домами, растеніями и т. д. Владѣлецъ можетъ использовать и природное содержаніе пространства, эксплоатируя находящіяся въ немъ тѣла: воздухъ, дождь, туманъ или безплотныя явленія: свѣтъ, теплоту и электричество; воздухъ употребляется отчасти непосредственно при вдыханіи и выдыханіи людьми, животными и растеніями, или человѣкъ извлекаетъ пользу изъ ихъ движенія, которое происходитъ въ пространствѣ въ силу атмосферическихъ явленій (вѣтеръ), или могутъ быть искусственно созданы владѣльцемъ земли въ воздухѣ (звукъ). Всѣ эти способы пользованія могутъ быть имъ осуществляемы, такъ какъ они содѣйствуютъ экономической эксплоатаціи земли, хотя мыслимо, что собственникъ ея, даже въ томъ случаѣ, когда эта эксплоатація земли и не требуетъ, прямо изъ любви къ искусству или по охотѣ займется эксплоатаціей воздушнаго пространства.

Правовой строй даетъ возможность собственнику земли свободно пользоваться воздушнымъ пространствомъ. Въ чемъ же заключается это право собственника земли по его существу?

Два основныхъ мнѣнія существуютъ по этому вопросу о правѣ на воздухъ. Одни стоятъ за существованіе права собственности на воздухъ, другіе оставляютъ въ сторонѣ схоластическіе споры и стоятъ на идеѣ предоставленія собственнику земли права пользоваться воздухомъ по мѣрѣ необходимости при эксплоатаціи своей земли. Послѣдній взглядъ будетъ поддержанъ и развитъ нами. Онъ будетъ базисомъ для дальнѣйшихъ нашихъ сужденій и въ отношеніи государства къ воздуху. Постараемся, однако, раньше безпристрастно изложить мнѣніе борющихся двухъ теченій о правѣ собственности на воздухъ.

По толкованію пандектовъ, воздухъ надъ землею находится въ собственности ея владѣльцевъ, или, какъ выражаются, земельная собственность распространяется и на пространство надъ земною поверхностью.

Въ новѣйшее время этимъ вопросомъ занялись два итальянскихъ юриста Пампалони и Ковіелло [1]). Оба сходятся на томъ, что необходимо допущеніе собственности на воздушное пространство, что собственникъ земли не могъ бы безъ этого даже цѣлесообразно использовать свою землю. Поэтому, по мнѣнію указанныхъ юристовъ, нельзя противопоставить ихъ теоріи то сообра-

[1]) См. Эритропель, стр. 10.

женіе, что воздушное пространство, какъ абстрактное понятіе, не можетъ быть объектомъ собственности, ибо оно, хотя и не представляетъ собою тѣла, все же есть вещь въ юридическомъ смыслѣ этого слова. Подъ вещью же Памиалони понимаетъ все, что составляетъ или сможетъ составить для человѣка какую-либо потребительную или мѣновую цѣнность, въ то время, когда оно образуетъ опредѣленное тѣсное и неразрывное цѣлое. Воздухъ заключаетъ въ себѣ ту часть мірового пространства, въ которомъ живетъ человѣкъ, и находится съ земнымъ шаромъ и всѣмъ, что съ ними обоими связано, въ тѣсномъ и неразрывномъ единствѣ и потому входитъ въ область вещей, обладающихъ потребительной или мѣновой цѣнностью, и потому его можно воспринять чувствомъ. Именно его и относятъ къ категоріи res communes omnium. Послѣднее оправдывается особенностью воздушнаго пространства, не могущаго быть подчиненнымъ власти единичнаго лица. Это и является характернымъ для res communes omnium, что онѣ разсматриваются какъ вещи въ юридическомъ смыслѣ этого слова, въ то время какъ онѣ только относительно части ихъ могутъ подлежать частной собственности. Превосходная аналогія — отношеніе римлянъ къ морю. Подобно тому, какъ море res communis, а именно, не ex natura, а ex jure gentium, точно также нужно представить себѣ и воздушное пространство, какъ res communis omnium ex jure gentium.

Юридическое происхожденіе собственности на эту res communis Ковіелло старается объяснить тѣмъ, что онъ считаетъ, что право собственности земельнаго владѣльца на воздушное пространство вытекаетъ изъ голаго факта землевладѣнія, какъ необходимое слѣдствіе его. По мнѣнію же Памиалони, необходимо особое постановленіе положительнаго права для того, чтобы ввести воздушное пространство въ сферу частной собственности землевладѣльца. Вотъ соображенія въ пользу этого взгляда.

Вѣдь, положительное право присоединяетъ нѣкоторую часть моря, примыкающую къ національной территоріи, какъ къ таковой, какъ къ собственности государства (mare territoriale); поэтому есть основаніе смотрѣть на нѣкоторую часть воздушнаго пространства, какъ на находящуюся въ такомъ же юридическомъ положеніи къ участку земли надъ нимъ.

Однако, въ противоположность этому взгляду рядъ писателей отрицаютъ собственность на воздушное пространство, ссылаясь, поскольку они имѣютъ дѣло съ источниками, на тѣ же цитаты

римскаго права, что и ихъ противники (доказательство того,— насколько мало надежныя свѣдѣнія можно почерпнуть изъ этихъ источниковъ).

Во 1-хъ, Роберти [1]), юристъ 16-го вѣка, первый, вопреки господствующему мнѣнію, придерживался того взгляда, что не можетъ быть собственности на воздушное пространство. Въ качествѣ доказательства ему служитъ, между прочимъ, книга вторая Моисея и даже псалмы и метаморфозы Овидія.

Во 2-хъ, большого вниманія заслуживаетъ группа ученыхъ нашего вѣка, отрицающихъ собственность на воздушное пространство по той причинѣ, что это пространство не есть вещь и потому не можетъ быть объектомъ собственности. Представитель этой группы Гестердингъ отдѣляетъ воздухъ отъ содержащаго его пространства. Воздухъ, говоритъ онъ, безспорно, res communis omnium. Пространство же не можетъ быть вещью. Этимъ именемъ обозначаютъ только возможность помѣщенія вещи на нѣкоторомъ мѣстѣ. Эта возможность имѣется всюду, гдѣ еще не находится какое-либо тѣло, занимающее пространство до тѣхъ поръ, пока оно не вытѣснится другимъ болѣе сильнымъ тѣломъ или покинетъ его само. Поэтому пространство не можетъ быть предметомъ собственности.

По мнѣнію Гефтера [2]), нѣкоторыя вещи по самой природѣ своей не могутъ быть предметомъ частной собственности—таковы: воздухъ, текучая вода и море, которыми нельзя завладѣть исключительнымъ образомъ. Онѣ одинаково необходимы для всѣхъ людей; поэтому всѣ люди имѣютъ равное право на свободное пользованіе ими, право, которое прекращается съ самымъ пользованіемъ.

Шершеневичъ [3]) тоже полагаетъ, что свѣтъ и воздухъ по естественной причинѣ объектами сдѣлки не могутъ быть, потому что, во-первыхъ, при громадной потребительной цѣнности, они лишены мѣновой цѣнности, и, во-вторыхъ, обособленіе ихъ представляетъ непреодолимую трудность. Однако, онъ считаетъ нужнымъ оговориться, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ и воздухъ составляетъ предметъ сдѣлки, а именно газъ.

Въ сущности въ нашемъ законодательствѣ среди общихъ правилъ о разнаго рода имуществахъ, какъ объектахъ гражданскаго

---

[1]) Эритропель, стр. 14—Das Recht im Luftraum.

[2]) Европейское международное право. Изд. 1880 г., стр. 147.

[3]) Шершеневичъ. Русское гражд. право. Изд. 2-ое.

права, нѣтъ особыхъ постановленій о вещахъ, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, и хотя Побѣдоносцевъ подчеркнулъ, что много вещей по русскимъ законамъ изъято изъ частнаго обладанія и не можетъ вовсе быть предметомъ частнаго имущества, но необходимо признать, что разныя разбросанныя въ разныхъ частяхъ Свода постановленія по этому вопросу составляютъ собою смѣшеніе понятій—имуществъ, изъятыхъ изъ оборота, съ имуществами, предназначенными для общаго пользованія, на что указываетъ совершенно вѣрно Шершеневичъ [1]).

Въ 3-хъ, среднее мѣсто между теоріями, признающими собственность на воздушное пространство, и тѣми, которыя таковую отрицаютъ, занимаетъ своеобразная теорія Веренберга [2]). Веренбергъ придерживается взгляда, что воздушный столбъ надъ участкомъ земли, понимаемый, какъ опредѣленное количество воздуха, которое находится надъ участкомъ и ограничено фингированными границами, проводимыми съ каждой стороны участка,—является res communis omnium. Онъ согласенъ съ Гестердингомъ, который утверждаетъ, что воздухъ, безостановочно подверженный колебаніямъ и измѣненіямъ, никогда не стоящій на мѣстѣ надъ участкомъ земли, а болѣе или менѣе текущій надъ нимъ, не можетъ быть объектомъ собственности. Допустить же собственность на столбъ воздуха, равно какъ такое исключительное право на эту собственность, въ силу котораго онъ могъ бы требовать, чтобы пространство надъ его поверхностью оставалось исключительно для него свободнымъ, какъ этого хотѣлъ бы Гестердингъ,—противорѣчило бы дѣйствующему праву. Далѣе, Веренбергъ развиваетъ высказанную Роберти идею оккупаціи воздушнаго пространства собственникомъ земли. Включеніемъ воздуха въ ряды res communes указывается и граница возможности присвоить его. Конечно, никто не можетъ въ такой степени присвоить себѣ воздухъ, чтобы совершенно отнять отъ другихъ пользованіе имъ, пользованіе же воздухомъ не можетъ происходить иначе, какъ посредствомъ акта оккупаціи. Кто строитъ домъ, захватываетъ бывшее до того свободнымъ воздушное пространство, мѣсто котораго занимаетъ домъ. Кто культивируетъ плоды,—захватываетъ этимъ самымъ столько воздуха, сколько требуется для ихъ роста. Такъ какъ пользованіе воздухомъ неизбѣжно при обладаніи земельнымъ участкомъ, то

---

[1]) Ibidem, стр. 125.

[2]) Эрштроцель, стр. 17.

всякій пріобрѣтающій земельный участокъ оккупируетъ по необходимости въ такой степени воздушное пространство, въ какой онъ нуждается для пользованія участкомъ земли. Оккупація эта, однако, не даетъ собственности, а подобно владѣнію — только притязаніе на защиту.

Веренбергъ, однако, не доводитъ своей мысли до конца. Необходимо имѣть въ виду, что право собственности на недвижимыя и движимыя имущества, будучи по существу однимъ понятіемъ, примѣненнымъ къ двумъ одинаковымъ вещамъ, будетъ, однако, по содержанію своему совершенно различно.

Такъ, § 903 B. G. B. говоритъ, что собственникъ можетъ поступать съ вещью по своему усмотрѣнію и препятствовать другимъ во всякомъ ихъ стремленіи къ эксплоатированію вещи. Возможность эта только тогда имѣетъ экономическую цѣнность, если она даетъ право использовать вещь съ наилучшей стороны въ экономическомъ смыслѣ этого слова. Исключительное право собственности есть то, что̀ придаетъ праву собственности его экономическую цѣнность и представляетъ его главное содержаніе. Въ то время, какъ движимая вещь можетъ быть использована экономически безъ того, чтобы ощущалась потребность въ окружающемъ ее воздушномъ пространствѣ, участокъ земли можетъ быть только тогда экономически использованъ, если владѣлецъ имѣетъ возможность распоряжаться надъ находящимся надъ нимъ воздушнымъ пространствомъ. Такимъ образомъ, слѣдуетъ изъ понятія земельной собственности, а именно съ точки зрѣнія экономическаго пользованія землею, юридическая неизбѣжность предоставленія владѣльцу земли права свободнаго распоряженія надъ его землею воздушнымъ пространствомъ.

Это право пользованія не представляетъ собою особаго имущественнаго права, а является полномочіемъ, вытекающимъ изъ права собственности. Оно по своему содержанію входитъ въ сущность земельной собственности, подобно полномочіямъ землевладѣльца пребывать безпрепятственно на своей землѣ, измѣнять почву и т. д. Когда нарушаютъ третьи лица права земельнаго собственника на воздушное пространство,—они затрагиваютъ этимъ самымъ земельную собственность, какъ таковую. Жалобы, которыми можетъ защищаться землевладѣлецъ, будутъ у него тѣ же самыя, что и въ томъ случаѣ, если ему вообще помѣшаютъ пользоваться его собственностью, или, употребляя русскую терминологію, защищаться искомъ нарушеннаго владѣнія.

Область дѣйствія права.

Если принять во вниманіе, что притязанія на воздухъ имѣютъ не только частные землевладѣльцы, но и государство, а также и третьи лица, что линія воздухоплавательнаго движенія охватываетъ многообразные интересы лицъ и учрежденій, то естественно поднять вопросъ объ области дѣйствія права частнаго владѣльца на воздушное пространство, находящееся надъ участкомъ его земли. Мы говоримъ объ области права, а не объ объектахъ этого права. По весьма важной причинѣ въ качествѣ объекта можно разсматривать тѣлесные предметы; когда же мы говоримъ о правѣ пользованія воздухомъ, мы можемъ говорить лишь объ области дѣйствія этого права.

Слѣдуетъ ли принять во вниманіе все безконечно громадное пространство для дѣйствія права? Давно уже старались установить границы области дѣйствія права по вертикальному направленію. Обратимся теперь къ развитію этого вопроса.

I. Старая теорія утверждала, что право землевладѣльца на воздухъ — не ограничено. Земельная собственность распространяется на верхъ usque ad coelum s. usque ad sidera (Глоссаторы). Ихъ взглядъ раздѣляется и Гестердингомъ [1]).

II. Въ настоящее время собственность землевладѣльца на воздушное пространство ограничивается: признается необходимымъ провести предѣльную черту права собственности на воздухъ. По ту сторону этой черты воздушное пространство должно находиться юридически въ свободномъ общественномъ пользованіи. Эту линію старались опредѣлить различнымъ образомъ: а) Верепбергъ, который исходилъ изъ политико-экономическихъ соображеній, находитъ, что право постольку защищаетъ пользованіе земледѣльцемъ, поскольку таковое необходимо для продуктивной эксплоатаціи земельнаго участка; б) другіе, наоборотъ, держатся того взгляда, что право землевладѣнія кончается тамъ, гдѣ оно не сможетъ проявить свою власть по причинамъ техническаго характера. Эта мысль защищается между прочимъ и Рандой. Дернбургъ того мнѣнія, что сфера господства собственника естественнымъ образомъ находитъ тамъ свой предѣлъ, гдѣ кончается вообще возможность человѣческой власти. Но и въ этой сферѣ господства онъ допу-

[1]) Эрптропель, стр. 25.

скаетъ неписанныя ограниченія. Воздушные пути для птицъ и воздушныхъ шаровъ свободны. Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ, что землевладѣлецъ можетъ воспрепятствовать сооруженію телефонныхъ и телеграфныхъ проводовъ надъ его землею тогда, когда они приносятъ ему какой-либо ущербъ. Если же они проводятся въ гористой мѣстности на такой высотѣ, что упомянутая возможность исключена, то врядъ ли можно допустить неограниченное право землевладѣльца на воздухъ.

Формулу, вполнѣ насъ удовлетворяющую и служащую намъ путеводной нитью, даетъ Іерингъ.

Онъ — въ статьѣ „Ученіе объ ограниченіи землевладѣльца въ интересахъ сосѣдей“,—разбирая вопросъ о мѣрѣ распространенія права землевладѣльца на воздухъ, подчеркиваетъ прежде всего „практическій интересъ“. Право на воздушное пространство или, скажемъ, собственность на атмосферу распространяется не далѣе, чѣмъ практическій интересъ, который долженъ этимъ правомъ быть удовлетворенъ. Практическій интересъ собственника состоитъ въ томъ, чтобы онъ не былъ лишенъ воздуха, свѣта и дождя, чтобы ему не мѣшали производить постройки и т. д.

Германское Гражданское Уложеніе присоединяется къ точкѣ зрѣнія Іеринга и его сторонниковъ. Въ Швейцаріи въ кантонѣ Граубюнденъ прибѣгли къ другого рода ограниченію. § 185 мѣстнаго гражданскаго кодекса говоритъ, что собственность на воздушное пространство надъ участкомъ земли простирается настолько, насколько она можетъ быть полезна собственнику.

Въ русскомъ правѣ воздухъ также относится къ вещамъ общаго пользованія и къ понятію частнаго права собственности необходимо прибавить новое — свободу воздушной волны до тѣхъ поръ, пока она не затрагиваетъ интересовъ частнаго владѣльца. Нашъ Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи отъ 1887 года № 93, единственномъ, поскольку намъ извѣстно, по этому вопросу, устанавливаетъ то положеніе, что владѣніе въ примѣненіи его къ недвижимой собственности, по силѣ 386, 387, 389, 420, 425, 426, 513 и 531 ст. т. X, ч. I Св. Зак. состоитъ въ правѣ исключительнаго обладанія поверхностью, возведенными на ней постройками и нѣдрами земли. Поэтому право на воздушное пространство, которымъ можетъ располагать каждый владѣлецъ дома для своихъ цѣлей, опредѣляется въ каждомъ случаѣ тѣми предѣлами, въ какихъ принадлежитъ ему право владѣнія поверхностью земли. Такимъ образомъ, право на воздухъ со стороны частнаго собствен-

ника Правит. Сенатомъ опредѣляется какъ право вспомогательное: частный собственникъ имѣетъ постольку правъ на воздухъ, поскольку ему необходимо это для интересовъ его недвижимости. Если взять высоту построекъ, самое высокое зданіе, какъ мѣрило при опредѣленіи границы, то, несомнѣнно, эта колеблющаяся высота не дастъ стойкости искомому принципу; точная граница можетъ быть установлена лишь на сушѣ, даже видимой границы по воздуху провести невозможно: это была бы какъ бы плоскость на морѣ, а не линія.

Резюмируемъ сказанное [1]):

Землевладѣлецъ имѣетъ притязаніе на находящееся надъ его участкомъ земли воздушное пространство. Онъ имѣетъ особое право на него. Это право не представляетъ, однако, собственности на воздухъ; оно является только связаннымъ съ понятіемъ земельной собственности перманентнымъ полномочіемъ. Право принимаетъ во вниманіе все находящееся надъ участкомъ земли воздушное пространство въ вертикальномъ направленіи. Въ своемъ объемѣ право это по отношенію къ третьимъ лицамъ будетъ однако ограничено степенью пользованія воздушнымъ пространствомъ, обусловленной нормальной экономической эксплоатаціей земли. Положительное опредѣленіе закона можетъ, конечно, внести любыя измѣненія, а въ особенности еще болѣе ограничить землевладѣльца. Гдѣ прекращается право землевладѣльца, тамъ вступаетъ въ таковое право другихъ земельныхъ собственниковъ, но, въ свою очередь, исключительно въ такомъ объемѣ, который вызывается потребностью экономической эксплоатаціи земли. Если отсутствуетъ послѣдняя, — земельный собственникъ имѣетъ право воспрепятствовать вмѣшательству въ сферу принадлежащаго ему воздушнаго пространства.

Теперь приступимъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, въ какомъ соотношеніи находится государство къ воздушному пространству: имѣемъ ли мы дѣло съ правомъ собственности или суверенитетомъ государства, и, наконецъ, является ли этотъ суверенитетъ неограниченнымъ, а если нѣтъ, то въ чемъ природа этого ограниченія? Разрѣшеніе этихъ вопросовъ въ литературѣ пестритъ различными воззрѣніями, но и тутъ можно прослѣдить два теченія. Первое изъ нихъ стоитъ на почвѣ права собственности государства на воздухъ, второе теченіе устанавливаетъ лишь суверенитетъ го-

[1]) См. также Эритропель, стр. 52.

сударства въ различныхъ его оттѣнкахъ. Представитель перваго теченія, Грюнвальдъ, замѣчаетъ, что если въ этихъ высшихъ по доступности для человѣка слояхъ можетъ быть предоставлена кому-нибудь власть, то это именно территоріальному государству, которое, можетъ быть, единственное сумѣетъ поддержать сношенія съ витающимъ въ пространствѣ воздушнымъ судномъ. Можно себѣ мысленно представить государство безъ прибрежнаго моря, но оно никогда не сможетъ существовать безъ воздушнаго надъ собою пространства. Здѣсь происходятъ метеорологическія явленія, отъ которыхъ зависитъ благосостояніе, расцвѣтъ государства и его жителей. Чрезъ него государство получаетъ свѣтъ солнца и міровыхъ планетъ. Пространство надъ государствомъ принадлежитъ послѣднему на правѣ собственности; сама природа тѣсно ихъ связала, расчленить ихъ немыслимо. Воздушное пространство будетъ имѣть также свое государственное названіе; воздушная сфера Германіи, Франціи и т. д. будетъ неразрывно связана съ земельнымъ пространствомъ тѣхъ же странъ. Нетрудно видѣть, что выраженіе „государство имѣетъ собственность на воздухъ“, хотя и не имѣетъ въ виду собственности въ духѣ гражданскаго права, но тѣмъ не менѣе само частно-правовое выраженіе „собственность“, примѣненное къ вопросамъ публичнаго права, наврядъ ли будетъ точно. Если мы возьмемъ государство, какъ третье лицо, то оно все-таки будетъ отличаться по своей природѣ отъ другихъ лицъ гражданскаго права. Государственная власть отлична отъ другихъ властей. Точно также распространеніе его власти на опредѣленную область, т. е. государственный суверенитетъ не будетъ имѣть ничего общаго съ понятіемъ собственности по частному праву, несмотря на ихъ внѣшнюю аналогію.

Употребленіе указаннаго выше понятія „собственность“ объясняется тѣмъ, что почти вся старая литература международнаго права пользуется имъ въ отдѣлѣ „государственной власти“, что оправдывается, въ свою очередь, ходомъ историческихъ событій.

Достаточно только вспомнить, что въ средневѣковомъ государствѣ Lehnstaat обладатель государственной власти былъ въ то же время и собственникомъ или, по крайней мѣрѣ, верховнымъ собственникомъ земли и даже только въ силу этой собственности получалъ государственную власть.

Къ тому же мы уже видѣли ранѣе, что поземельному собственнику предоставляется лишь право пользованія воздухомъ, какъ вспомогательное орудіе для эксплоатаціи земли, что право

собственности на воздухъ вообще чрезвычайно спорно; тогда станетъ яснымъ, что въ достаточной степени схоластическій споръ о правѣ собственности государства на воздухъ долженъ пасть.

Рѣзко противоположный взглядъ даже на возможность суверенитета государства на воздухъ мы встрѣчаемъ у Фошиля, страстнаго сторонника воздушнаго пространства. Его аргументація сводится къ слѣдующему: всякій суверенитетъ предполагаетъ возможность фактическаго обладанія соотвѣтствующимъ субъектомъ въ такой степени, чтобы между послѣднимъ и властвующимъ субъектами могли возникнуть непосредственныя и реальныя отношенія. Онъ отрицаетъ такое господство государства надъ воздушнымъ пространствомъ. Правда, государство можетъ пустить въ ходъ свои орудія, но послѣднія не въ состояніи основать государственный суверенитетъ и являются лишь средствами его поддержать. Но, разумѣется, Фошиль не правъ, думая, что пушка не можетъ быть фундаментомъ суверенитета. Завоеваніе рождаетъ суверенитетъ именно пушкой, она же поддерживаетъ его и въ дальнѣйшемъ. Пусть это будетъ суровый принципъ, но онъ неразрывно связанъ съ понятіемъ государственности, источниками и средствомъ котораго служитъ орудіе, точно такъ же, какъ и въ правѣ—законъ.

Не правъ также Фошиль, требуя для суверенитета фактическаго обладанія объектомъ. Вѣдь мы не говоримъ о правѣ собственности, а лишь о суверенитетѣ государства, гдѣ непосредственная власть надъ субстанціей вовсе не требуется. Намъ возразятъ, что государство наврядъ ли будетъ имѣть широкую возможность проявлять свою власть надъ летающимъ судномъ. Но что же это значитъ? Это только значитъ, что въ права суверена произошло временное вторженіе, которое государство въ данную минуту отразить не можетъ, но это еще не уничтожаетъ понятія суверенитета. Преступленія могутъ совершаться и на сушѣ и оставаться безнаказанными со стороны государства по многимъ причинамъ,—развѣ это уничтожаетъ его суверенитетъ? Нужно думать, что и въ воздушномъ пространствѣ будутъ военныя и полицейскія суда, которыя сумѣютъ и настигнутъ преступника гораздо выше, чѣмъ это можетъ сдѣлать оружіе съ суши. Съ точки зрѣнія цѣлесообразности вовсе не нужно, чтобы суверенитетъ государства охватывалъ пространство вверхъ, какъ любили говорить, „до звѣздъ“; существуютъ воздушные раіоны, въ которыхъ человѣкъ даже при искусственной поддержкѣ не въ состояніи жить, а такъ какъ право въ своихъ велѣніяхъ напра-

влено къ интересамъ жизни и блага людей, то было бы нелѣпостью заниматься установленіемъ власти государства надъ такою областью, куда человѣкъ не можетъ проникнуть. Въ силу этого, воздушное пространство надъ государствомъ необходимо признать во всемъ его объемѣ несвободнымъ, подчинивъ его въ такой степени государственной власти, поскольку она вообще можетъ имѣть какое-нибудь юридическое значеніе.

Въ самомъ дѣлѣ, правъ ли Фошиль, проповѣдуя объявленіе воздуха, подобно отрытому морю, свободнымъ? Это означало бы то, что всякій смогъ бы дѣлать, что хотѣлъ, это означало бы, что государство подвергаетъ свое существованіе сознательной опасности. Вспомните шпіонаду, распространеніе заразныхъ болѣзней, войны. Вы представьте себѣ положеніе того нейтральнаго государства, которое во время войны стало бы ареной между собою воздушныхъ шаровъ съ ихъ разрушительными снарядами. Никакое государство не будетъ молчаливымъ зрителемъ, какъ воздушные шары шныряютъ въ его воздушномъ пространствѣ съ цѣлью наблюдать позицію и движеніе непріятеля, или сообщать свѣдѣнія военнымъ отрядамъ. Все это, естественно, будетъ считаться нарушеніемъ нейтралитета. Это будетъ кровнымъ нарушеніемъ суверенитета государства надъ воздухомъ и интересовъ его жителей на землѣ. Мы уже имѣемъ прецедентъ — возрастающее распространеніе безпроволочнаго телеграфа привело государства къ конвенціи 1906 года.

Итакъ, мы можемъ считать установленнымъ, что за государствомъ необходимо признать суверенитетъ на воздушное пространство, находящееся надъ его территоріей. Теперь спрашивается, какой объемъ этого суверенитета, гдѣ его границы? По этому вопросу существуетъ цѣлый рядъ мнѣній, которыя мы можемъ формулировать въ лицѣ ихъ представителей такимъ образомъ:

Первое мнѣніе находитъ, что государство имѣетъ полный суверенитетъ воздушнаго пространства въ предѣлахъ территоріальныхъ границъ (Листъ, Дернбургъ и друг.).

Второе мнѣніе: государство пользуется неограниченной властью до опредѣленной высоты, а именно: а) одни желаютъ установить ее точно, въ то время, какъ другіе б) допускаютъ государственный суверенитетъ лишь поскольку онъ можетъ быть поддержанъ съ земли орудіями власти; наконецъ, в) за предѣлъ государственной власти принимается и поле зрѣнія.

Когда ученые опредѣляютъ извѣстную высоту, до которой

распространяется власть территоріальнаго государства, то, очевидно, они приводятъ линію вліянія или, иначе, дѣлятъ воздухъ на двѣ части: одну во власти государства находящуюся, другую—внѣ ея. Но спрашивается, изъ какого пункта земли должно начаться это измѣреніе: съ плоскости или горныхъ вершинъ? Отвѣтъ на это ясенъ: принципъ въ дѣйствительности несостоятеленъ. Вѣдь, эта линія должна быть видима, что физически невозможно, а иначе, какимъ образомъ вы привлечете воздушное судно къ отвѣтственности, какъ вы разрѣшите вопросъ о компетенціи территоріальнаго государства надъ летающимъ судномъ, если самое обозначеніе высотъ полно случайностей и произвольностей? Этотъ же методъ сужденія мы можемъ примѣнить и къ тому мнѣнію, что будто бы граница сферы вліянія государства можетъ быть обозначена дальностью ружейнаго выстрѣла, — спрашивается, какимъ орудіемъ: вѣдь не у каждаго государства одинаковое орудіе и одинаковая дальнобойность, и если вы даже возьмете самую дальнобойную пушку, то прогрессъ техники въ этой области на завтрашній день побьетъ рекордъ. Ясно, какъ часто будутъ колебанія въ опредѣленіи линіи обладанія. Даже относительно моря, гдѣ условія стрѣльбы значительно легче, разстояніе пушечнаго выстрѣла, впервые указанное въ 1702 году Бинкергскекомъ для опредѣленія морской границы прибрежнаго моря, уже не признается извѣстными писателями достигающимъ своей цѣли.

И разъ у юридической нормы нѣтъ ясности, точности и способности регулировать жизненныя явленія, она, эта норма, должна считаться мертвой, и принципъ terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis—похороненнымъ. Эти же возраженія относятся и къ тому предложенію, чтобы въ качествѣ средства измѣренія высоты вліянія государства пользоваться полемъ зрѣнія. Выводъ ясенъ: надо отбросить попытки раздѣлить воздухъ на двѣ опредѣленныя грани, какъ юридически несостоятельную и практически несообразную. Но если такъ, то значитъ ли это, что суверенитетъ государства не ограниченъ? Конечно, нѣтъ! Если бы воздухъ подпалъ подъ исключительную власть территоріальнаго государства, то все происходящее въ немъ подлежало бы компетенціи его законовъ.

Государство могло бы запретить иностранцамъ воздухоплаваніе въ своихъ предѣлахъ. Могло бы подчинить деликты, совершенные на чужихъ пролетающихъ его области судахъ, своей юрисдикціи.

Разъ воздухъ, подобно морю, благодаря завоеваніямъ современной техники, сталъ однимъ изъ средствъ передвиженія, то

земельному государству не слѣдуетъ превращать это завоеваніе въ пустой звукъ, что оно сдѣлаетъ, если закроетъ путь для интернаціональнаго сношенія. Оставляя совершенно въ сторонѣ трудность провести это постановленіе, особенно ночью, во время тумана, въ жизнь, государство вообще не будетъ имѣть никакого интереса издавать его, такъ какъ въ сущности движеніе воздушныхъ кораблей по воздухоплавательному пути, какъ таковое, не задѣваетъ интересовъ земельнаго государства.

Не задѣваютъ также интересовъ государства и тѣ преступленія, которыя совершены надъ пролетающимъ чрезъ его территоріи воздушнымъ судномъ. Вотъ почему нельзя настаивать на признаніи неограниченнаго суверенитета для государства надъ находящимся надъ его владѣніями воздухомъ. А такъ какъ воздухъ не можетъ быть признанъ свободнымъ, то государство имѣетъ на него въ такой степени право, въ какой это диктуется его интересами по принципу ограниченнаго суверенитета, и тогда публично-правовое воззрѣніе на воздушное пространство будетъ соотвѣтствовать воззрѣнію на него со стороны частнаго права—частнаго земельнаго собственника, каковое также опредѣляется свойствомъ и размѣромъ его заинтересованности въ эксплоатаціи земли. Принципъ слѣдовательно ясенъ: какъ только государство или частный землевладѣлецъ имѣютъ тотъ или иной интересъ въ запрещеніи извѣстныхъ дѣйствій,—тамъ наступаетъ его право. Конечно, интересъ этотъ не долженъ быть, непремѣнно, экономическимъ, онъ можетъ быть научнымъ или эстетическимъ для частнаго владѣльца и стратегическимъ, наконецъ, для государства. Опредѣлить границы власти того и другого—ея размѣръ относится къ области факта—и дать схематическое опредѣленіе необычайно трудно, но можно дать нѣсколько примѣровъ, если можно такъ выразиться, права и неправа государства.

Прежде всего государство не будетъ имѣть права запрещать безпричинно чужимъ воздушнымъ суднамъ прохожденіе его области, равно какъ спускъ и подъемъ. Но оно будетъ имѣть право издавать необходимыя полицейскія предписанія для своей воздушной области и требовать ихъ выполненія отъ всѣхъ судовъ, какъ своихъ, такъ и иностранныхъ. Мы имѣемъ въ виду въ особенности сигналы, правила, предупреждающія столкновенія или регулирующія порядокъ послѣ таковыхъ, помощь при несчастныхъ случаяхъ и т. д.

Сюда относится, напримѣръ, распоряженіе, изданное въ интересахъ огражденія здоровья. Государству для защиты отъ шпіон-

ства должно быть предоставлено право закрыть для общаго сношенія опредѣленныя мѣста и области, служащія для защиты страны, или въ этихъ цѣляхъ создать особый районъ для пролета. Но нельзя, какъ это дѣлаетъ Фошиль, старающійся оправдать это правомъ государства на самосохраненіе, дать государству право изъ боязни шпіонства запретить воздухоплаваніе на высотѣ 1500 метровъ вообще, поскольку мы имѣемъ дѣло не съ государственными судами или подъемомъ или спускомъ, ибо тогда, какъ вѣрно замѣчаетъ Nys, мы придадимъ шпіонадѣ чрезмѣрное значеніе, не говоря уже о томъ, что закрытіе пространства въ 1500 метровъ надъ землею для воздухоплаванія немыслимо уже по чисто практическимъ соображеніямъ.

Отсюда заключительный выводъ: пространство надъ государственной территоріей и прибрежными водами подлежитъ во всемъ протяженіи вверхъ ограниченному суверенитету государства, надъ которымъ оно находится.

Это положеніе должно служить базисомъ для нашихъ дальнѣйшихъ сужденій. Мы отбрасываемъ всѣ схоластическіе споры о правѣ собственности частнаго землевладѣльца и государства. Мы выдвигаемъ идею цѣлесообразнаго обладанія воздухомъ: суверенитетъ того и другого, ограниченный интересами другихъ государствъ и воздухоплаванія въ его линіи движенія. Мы отбрасываемъ всѣ искусственныя линіи, которыя проводятся, чтобы установить предѣлъ расчлененія воздуха на двѣ части. Мы говоримъ: дайте свободу воздухоплаванію, но тамъ и въ той мѣрѣ, въ какой оно будетъ вредно отражаться на интересахъ частнаго собственника и государства,—тамъ и тогда наступаетъ право на защиту ихъ суверенитета. Іеринговскій принципъ права, рождающагося изъ интересовъ, долженъ найти свое строгое логическое примѣненіе; онъ будетъ нашей путеводной звѣздой къ аналогіи, которую мы проводимъ между правомъ воздушныхъ кораблей и правомъ кораблей морскихъ.

II.

Въ предыдущей главѣ мы разсматривали воздухъ, какъ объектъ права, отношеніе къ нему частнаго собственника земли, государства и взаимное отношеніе перваго къ послѣднему. Безспорно, что та мысленная линія, которую образуетъ воздушный путь, концентрируетъ въ себѣ совокупность интересовъ въ сферѣ обладанія.

Но само движеніе, оживленіе воздушнаго пространства новыми ячейками человѣческой жизни, эти передвигающіеся отели и вагоны,—безспорно очагъ нарожденія правовыхъ исканій. Новые правовые вопросы никогда не формируются сразу; они раньше ищутъ своего разрѣшенія въ дѣйствующемъ правѣ. Правовое творчество человѣчества не такъ ужъ богато, чтобы создавать все новыя и новыя формы для каждой правовой фигуры, едва народившейся въ блѣдныхъ, безцвѣтныхъ абрисахъ. Только путемъ аналогіи мы можемъ подойти къ праву воздухоплаванія и лишь впослѣдствіи мы можемъ разсчитывать на созданіе притока, подобно желѣзнодорожному праву,—права воздухоплаванія.

Всѣ писатели сходятся на томъ, что самая близкая аналогія воздуха—это море, право воздухоплаванія можетъ быть выведено изъ права морскихъ кораблей. Атмосферу сравниваютъ съ океаномъ, дно котораго образуетъ поверхности: земли и моря.

Подобно тому, какъ вода окружаетъ землю со стороны ея береговъ, такъ воздухъ землю по направленію въ вышину. Какъ въ водной, такъ и въ воздушной сферѣ существуютъ теченія, и подобно морю лишь при помощи особыхъ приспособленій можно проникнуть въ воздушное пространство. Сходство видно еще и въ томъ, что и надъ воздухомъ, какъ и надъ моремъ, можно господствовать въ ограниченной степени: надъ моремъ со стороны его береговъ, надъ воздушнымъ океаномъ — съ земной поверхности.

Все это вмѣстѣ взятое даетъ возможность провести параллель между моремъ и воздухомъ, морскимъ и воздушнымъ судномъ и изслѣдовать, поскольку правила международнаго морского права могутъ быть примѣнены къ воздухоплаванію, и установить тѣ отличія отъ него, которыя обусловливаютъ собой ихъ особую оцѣнку со стороны международнаго права.

Каково же юридическое положеніе морскихъ кораблей—нашей базы для установленія права кораблей воздушныхъ?

Издавна было принято приписывать государству собственность на море, но еще со временъ Гуго Гроція былъ провозглашенъ принципъ свободы для всѣхъ морей. Этимъ какъ бы отрицалась собственность на него со стороны государства. Причины, приведшія къ этому выводу, отсутствуютъ у частей моря въ такъ называемыхъ пристаняхъ, рейдахъ, бухтахъ и устьяхъ рѣкъ, которыя болѣе или менѣе окружены территоріями государства, гдѣ оно легко можетъ властвовать надъ ними, не вредя этимъ самымъ сношенію другихъ націй. Береговыя государства называютъ эти

территоріальныя воды собственными: онѣ представляютъ особыя части его территоріи. Прилегающее къ нимъ государство изъявляетъ съ полнымъ основаніемъ притязаніе на мѣстную юрисдикцію. Отъ этихъ собственныхъ водъ отличаются такъ называемыя прибрежныя воды. Сюда относятъ тѣ части открытаго моря, которыя не входятъ въ понятіе „собственныхъ“ и граничатъ съ берегами государства. Государство можетъ проявлять надъ ними гораздо больше власти, чѣмъ надъ отдаленными частями открытаго моря. Это обстоятельство уже само по себѣ оправдываетъ тотъ фактъ, чтобы отношеніе прибрежныхъ водъ къ береговому государству подверглось иной оцѣнкѣ, чѣмъ положеніе открытаго моря. Государство связано со своими береговыми водами: безопасность страны, защита морской торговли, интересъ фискальнаго и полицейскаго характера и, наконецъ, частные интересы оправдываютъ особое воздѣйствіе прибрежнаго государства на эти воды. Все это будетъ достигнуто, если государству будетъ предоставлена органическая власть надъ ними.

Вотъ почему существуетъ различіе между правовымъ положеніемъ кораблей на открытомъ морѣ въ чужихъ, собственныхъ и прибрежныхъ водахъ.

Затѣмъ дальше: сами корабли дѣлятся на государственные и частные: государственные корабли считаются плавающими частями своей родины, въ нихъ живетъ суверенитетъ ихъ государства, гдѣ бы они ни находились. Всѣ преступленія, совершенныя на нихъ или изъ нихъ, должны быть разсматриваемы, какъ бы они были совершены на родинѣ государственнаго корабля. Команда означеннаго корабля, находящагося на берегу по долгу службы, считается экстерриторіальной, и проступки, совершенныя ею, подлежатъ вѣдѣнію суда ея родины.

Привилегія экстерриторіальности не распространяется, однако, на команду, если ея члены находятся на берегу, какъ частныя лица.

Совершенно иное отношеніе существуетъ въ международномъ правѣ къ кораблямъ частныхъ лицъ, такъ какъ они не являются представителями суверенитета своего государства, и потому деликты, совершенные на нихъ, когда они находятся въ водахъ другого государства, подлежатъ юрисдикціи послѣдняго. Но все же частные корабли должны имѣть право на причисленіе къ опредѣленному національному флагу, и потому, выходя изъ предѣловъ чужой юрисдикціи, частный корабль подпадаетъ подъ власть своего государства: всѣ преступныя дѣянія на открытомъ морѣ подле-

жатъ разсмотрѣнію отечественныхъ судовъ. На практикѣ же прибрежное государство предоставляетъ все-таки право судебнаго разбирательства національнымъ судебнымъ мѣстамъ корабля въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленія затрагиваютъ исключительно интересы самого корабля и его экипажа. Государственная власть иностраннаго государства вмѣшивается лишь тогда, когда нарушается тишина и спокойствіе въ гавани или на сушѣ или когда въ безчинствахъ замѣшаны другія лица, кромѣ офицеровъ и матросовъ.

Иное положеніе занимаютъ корабли частныхъ лицъ въ чужихъ береговыхъ водахъ. Они находятся не въ предѣлахъ чужой территоріи, а только въ области господства чужихъ интересовъ. Отсюда слѣдуетъ, что иностранное государство реагируетъ на правонарушенія не съ точки зрѣнія территоріальнаго принципа, а исходя изъ заинтересованности своей въ таковой реакціи. Этотъ интересъ прибрежнаго государства можетъ быть большимъ или меньшимъ, сообразно съ рейсомъ корабля: захватываетъ ли послѣдній прибрежныя воды лишь при своей поѣздкѣ въ другія страны или останавливается въ нихъ на продолжительное время, прорѣзываетъ ли ихъ при поѣздкѣ въ собственныя воды прибрежнаго государства или вообще вступаетъ въ сношенія съ жителями береговъ; само собою разумѣется, что даже при своей поѣздкѣ въ другія страны корабли, только соприкасающіеся къ государству, должны все же подчиняться правиламъ прибрежнаго государства, изданнымъ въ интересахъ мореплаванія, рыбной ловли, таможенныхъ и санитарныхъ правилъ.

Деликты, происшедшіе на борту корабля, получаютъ такую же оцѣнку, какъ если бы они были совершены на кораблѣ, находящемся въ открытомъ морѣ. Если преступныя дѣянія будутъ совершены противъ лицъ и вещей, находящихся на прибрежныхъ водахъ, то вмѣшательство иностраннаго государства диктуется его интересами.

Остановятся корабли на долгую стоянку въ этихъ водахъ для сношенія съ государствомъ,—для прибрежнаго государства является вполнѣ обоснованнымъ вмѣшаться въ случаѣ различныхъ преступленій, если послѣдними будутъ нарушены покой и порядокъ движенія. Размѣръ этого вмѣшательства опять-таки зависитъ отъ усмотрѣнія государства.

Какъ же примѣняется прежде всего апалогія между моремъ и воздухомъ, находящимся надъ территоріей государства и его собственными и прибрежными водами?

Вполнѣ очевидно, что троякое дѣленіе моря не можетъ быть примѣнено къ той части воздуха, гдѣ нѣтъ государствъ, могущихъ властвовать надъ нимъ. Эта часть воздуха можетъ быть разсматриваема исключительно, какъ свободное воздушное пространство въ никому не подвластной средѣ. Напротивъ, можно, какъ слѣдуетъ, взвѣсить, не примѣнимо ли наше троякое дѣленіе моря къ воздуху надъ государственной территоріей. Если отвѣтить на это въ утвердительномъ смыслѣ, то въ параллель къ собственнымъ водамъ будетъ взята первая часть воздуха, въ которой протекаетъ жизнь людей въ ея обыкновенныхъ явленіяхъ, т. е. до какой высоты поднимаются человѣческія строенія и человѣкъ при помощи обыкновенныхъ средствъ можетъ властвовать съ увѣренностью надъ воздухомъ—до той и простирается часть его, соотвѣтствующая собственнымъ водамъ государства.

Выше лежитъ часть воздуха, соотвѣтствующая прибрежнымъ водамъ. Она тянется до того предѣла, дальше котораго уже не можетъ быть проявлена власть государства. За нею слѣдуетъ даль, оторванная отъ всякаго воздѣйствія власти, находящейся внизу государства—свободное воздушное море.

Разсматривая же заинтересованность земельнаго государства въ находящемся надъ нимъ воздухѣ, мы натолкнемся на существенныя отличія при примѣненіи принциповъ международнаго права къ морю и воздуху: аналогія и здѣсь, какъ во всемъ, не можетъ быть доведена до конца.

Въ то время, какъ каждое государство заинтересовано въ существованіи свободы морей, этотъ интересъ отсутствуетъ по отношенію къ частямъ воздуха, находящимся на уровнѣ наивысшаго подъема, такъ какъ тамъ условія для человѣческаго существованія до того неблагопріятны, что эти высоты не могутъ быть приняты во вниманіе для цѣлей передвиженія.

Если воздухъ дѣйствительно долженъ стать однимъ изъ международныхъ средствъ сообщенія, то этотъ путь оно будетъ искать для себя въ тѣхъ воздушныхъ слояхъ, которые лежатъ недалеко отъ земли и заключаютъ въ себѣ возможность человѣческой жизни. Это именно будутъ тѣ слои, которые соотвѣтствуютъ прибрежнымъ водамъ. Государство въ состояніи проявлять надъ ними нѣкоторую власть и потому не слѣдуетъ упускать изъ виду и его заинтересованности въ нихъ. Вліяніе его простирается и на высшія, еще возможныя для человѣческаго существованія сферы, въ то время, какъ интересъ прибрежнаго государства къ лежащимъ отъ

него въ дали частямъ воздушнаго моря уступаетъ общечеловѣческому. Въ то же время, какъ съ дали моря, при современномъ состояніи военнаго оружія, совершенно невозможно какое-либо воздѣйствіе на берега государства, съ любой высоты, при посредствѣ воздушнаго судна, взрывчатое вещество можетъ быть сброшено на территорію того или иного государства и чувствительнѣйшимъ образомъ нанести ущербъ имуществу и жизни обитателей.

Теперь постараемся примѣнить принципы, вложенные въ подсудность морскихъ кораблей къ кораблямъ воздушнымъ.

Государственныя воздушныя суда нужно будетъ признать безъ всякихъ оговорокъ подобно государственнымъ морскимъ кораблямъ экстерриторіальными.

Каково же, однако, правовое положеніе судовъ частныхъ и воздушныхъ, находящихся надъ чужой территоріей? Парятъ ли они въ пространствѣ чужого суверенитета, или не заставитъ ли специфическій интересъ къ репрессіи у воздушныхъ судовъ выставить положеніе: воздушное судно считается подвижной частью родины, флагъ которой оно носитъ, или иначе: государство флага имѣетъ карательную власть надъ всѣми совершенными въ воздушномъ суднѣ во время ѣзды дѣяніями?

Фошиль, отрицающій за земельнымъ государствомъ суверенитетъ на воздушное пространство, не останавливается въ данномъ случаѣ передъ трудностью этой проблемы [1]), такъ какъ, въ силу безгосударственности воздушнаго пространства, для него отсутствуетъ подсудность земельному государству. По его мнѣнію, частные и государственные корабли точно такъ же, какъ и морскіе корабли въ открытомъ морѣ, должны подчиняться судамъ государства флага. Въ правовомъ отношеніи получается то же самое, находится ли воздушное судно надъ открытымъ моремъ или надъ воздушнымъ пространствомъ надъ государствомъ.

Мейли и Гарейсъ [2]) уже примкнули къ этому взгляду, въ то время, какъ Грюнвальдъ допускаетъ этотъ принципъ лишь относительно пространства надъ моремъ; что же касается такового надъ государствомъ или прибрежными водами, то онъ принимаетъ господство права наказанія земельнаго государства на основаніи его собственности или въ зависимости отъ степени его интереса.

Если исходить изъ той точки зрѣнія, что суверенитетъ госу-

---

[1]) Annuaire XIX стр. 52. Цит. у Меурера, стр. 32.

[2]) Цит. у Меурера, стр. 32.

дарства распространяется и на воздухъ, то, будучи послѣдовательными политиками права, придется свести уголовный суверенитетъ къ одному тезису: соотвѣтствующее земельное пространство считается за мѣсто совершенія преступленія во время полета.

Но уже при оцѣнкѣ со стороны международнаго права береговыхъ водъ было отмѣчено, что выводы изъ понятія суверенитета дѣлаются, исключительно сообразуясь съ интересомъ. Въ правѣ воздухоплаванія еще въ большей степени необходимо поставить рѣшеніе вопроса на почву интересовъ. Расширяя безъ всякой необходимости господство мѣстнаго уголовнаго закона въ вышину мы взвинчиваемъ не соотвѣтствующимъ дѣйствительности, искусственнымъ образомъ интересъ земельнаго государства, упуская изъ виду, что эта „полнота власти“ навряд-ли сумѣетъ быть осуществлена по отношенію къ летающему кораблю. Увы, рѣдкія постановленія судебнаго слѣдователя о принятіи мѣръ пресѣченія сумѣютъ быть реальными, и даже судебные пристава не сумѣютъ обезпечить искъ. Эта избитая истина, и нужно ее помнить: на воздухѣ нѣтъ полосатыхъ пограничныхъ столбовъ. Полицейскія правительства съ своими реакціонными административными нормами со скрежетомъ зубовнымъ встрѣтятъ надвигающееся воздушное движеніе и будутъ вспоминать прекрасные дни, когда верстовые и пограничные столбы служили имъ такую вѣрную службу.

Практическое рѣшеніе этого вопроса должно потому въ уголовно-правовой области имѣть мѣсто на почвѣ Фошилевскаго проекта.

Такимъ образомъ, дарованіе національности воздушнымъ судамъ получитъ бо́льшее, чѣмъ въ морскомъ правѣ, значеніе, и весь вопросъ о воздушно-уголовномъ суверенитетѣ будетъ уничтоженъ однимъ смѣлымъ пріемомъ. Мы получимъ въ высшей степени простой, стройный, ясный и легко проводимый принципъ, если международная конференція признаетъ безъ всякаго различія уголовный суверенитетъ государства-флага на всѣ деликты, совершенные на воздушномъ суднѣ во время полета.

III.

Примѣненіе къ воздушнымъ шарамъ уголовнаго права.

Новый путь передвиженія, это—безспорно новый путь къ преступленіямъ. Трудно предусмотрѣть тѣ опустошенія, какія могутъ производить посягательства летающихъ преступниковъ надъ мир-

ными странами. Вспомните только о взрывчатыхъ веществахъ, и мы себѣ представимъ, насколько, къ сожалѣнію, жизнь обогащается новыми угрозами легко совершаемыхъ и быстро ускользаемыхъ преступленій.

Мы попытаемся изложить наиболѣе, по нашему мнѣнію, удачныя группировки преступныхъ дѣяній по ихъ подсудности, находящихся въ связи съ воздухоплаваніемъ, которыя даютъ намъ Фошиль, Грюнвальдъ и Мейли. Уголовная сторона изложена у Фошиля въ § 15 [1]). „Злодѣянія и преступленія, совершенныя на аэростатѣ, въ какой бы это части ни было, людьми экипажа или всякими другими лицами, находящимися на шарѣ, подлежатъ компетенціи судовъ той націи, къ которой принадлежитъ аэростатъ, и судятся по законамъ этой націи, независимо отъ національности какъ преступника, такъ и пострадавшаго“.

Всякія преступленія, наносящія ущербъ безопасности и благополучію государства, какъ то: заговоръ, измѣна, дѣланіе фальшивыхъ денегъ и т. д., въ какой бы мѣстности они совершены ни были, подвергаются суду по законамъ пострадавшаго государства.

Точно такъ же пограничныя государства обладаютъ властью судить аэростаты, которые, вопреки его праву самосохраненія, переступили отмежеванную зону, занялись шпіонствомъ или укрылись отъ санитарнаго надзора и т. д.

Власти страны, куда присталъ аэростатъ, на которомъ было совершено преступное дѣяніе—даже въ тѣхъ случаяхъ, если это дѣяніе не подлежитъ компетенціи мѣстнаго судопроизводства, могутъ требовать ареста виновнаго въ преступленіи и принять необходимыя мѣры разслѣдованія дѣла. Онѣ должны, какъ можно скорѣе, передать преступника государству, имѣющему право его судить. Если преступное дѣяніе имѣло мѣсто на общественномъ аэростатѣ, мѣстныя власти вмѣшиваются лишь по письменной просьбѣ командира аэростата.

Грюнвальдъ расчленяетъ преступныя дѣянія воздухоплавателей, мѣсто совершенія которыхъ находится надъ открытымъ моремъ или безгосударственными землями, и въ пространствахъ надъ государственной территоріей, внутренними или береговыми водами.

1) Воздушное пространство надъ открытымъ моремъ и надъ безгосударственными областями не подлежитъ ничьей власти.

---

[1]) Projet de Réglements sur le Régime juridique des aerostats par Fauchille.

Государственное воздушное судно, пролетая надъ нимъ, все же не выходитъ изъ предѣловъ дѣйствія своихъ государственныхъ законовъ. Оно само есть часть національной территоріи, и потому деликты, совершенные на немъ, подсудны отечественнымъ органамъ.

Частное же воздушное судно находится здѣсь внѣ области своего національнаго права. Уголовное преслѣдованіе мыслимо лишь на основаніи персональнаго принципа, при чемъ въ Германіи таковое согласно § 4 Str GB. вообще не могло бы имѣть мѣста.

Къ такому же результату мы придемъ, если деликты будутъ направлены противъ другихъ частныхъ воздушныхъ судовъ.

Положеніе частныхъ воздушныхъ судовъ существенно измѣнится, если имъ будутъ даны знаки ихъ національностей. Тогда всѣ деликты, совершенные на суднѣ надъ открытымъ моремъ или безгосударственными областями, считаются за происшедшіе въ отечествѣ воздушнаго судна.

Если передъ нами два воздушныхъ судна: наносящее вредъ и пострадавшее -- преслѣдованіе могутъ взять на себя судебные органы обѣихъ странъ, если только оба судна не принадлежатъ къ одной національности.

2) Наказуемыя дѣянія воздухоплавателей, совершенныя въ пространствахъ надъ государственной территоріей, внутренними и береговыми водами.

При установленіи принципа подсудности необходимо строго различать между государственными и частными судами.

Такъ какъ государственное судно является какъ бы плавающей частью своей страны, то и всѣ деликты, происшедшіе на немъ, гдѣ бы они ни находились, будутъ ли это территорія, собственныя или береговыя воды чужой національности, считаются совершенными на родинѣ этого судна. Вопросъ осложняется, если передъ нами частное судно.

Представимъ себѣ, что дѣяніе его направляется противъ лицъ, находящихся внизу на землѣ, и результатъ обнаруживается тамъ же.

Дѣйствіе проявилось на территоріи—слѣдовательно, оно подсудно территоріальнымъ властямъ даннаго государства. Такова точка зрѣнія нѣмецкаго уголовнаго права, § 3 Str GB.

Если въ отечествѣ пассажировъ воздушнаго судна признается персональный принципъ, то устанавливается, помимо уже выше отмѣченной, еще и дополнительная компетенція родины судна. Такой же результатъ получится при дѣяніи, совершенномъ въ

собственныхъ водахъ или въ собственной воздушной сферѣ опредѣленнаго государства.

Имѣетъ ли судно знаки, указывающіе на его національность,—является совершенно не существеннымъ.

Вообразимъ себѣ теперь, что передъ нами иностранныя суда въ сферѣ чужой власти, и что преступленіе совершается тоже противъ иностранцевъ. Здѣсь возможны два случая.

Если мы имѣемъ дѣло съ государственнымъ судномъ, то дѣяніе произошло не только въ предѣлахъ компетенціи данной страны, но согласно извѣстному принципу еще и въ предѣлахъ отечества государственнаго судна.

Если же преступленіе проявилось на частномъ воздушномъ суднѣ, тутъ должны вмѣшаться власти, на территоріи которыхъ находятся береговыя воды.

Нѣсколько иную картину дадутъ намъ прибрежныя воды. Слѣдуетъ помнить, что мы, говоря о послѣднихъ, вступаемъ въ область господства интересовъ отдѣльнаго государства. Интересы—вотъ чѣмъ руководствуется государство при своемъ реагированіи на деликты. Если послѣдніе не задѣваютъ ихъ,—государство не вмѣшивается... Конечно, результатъ будетъ иной, если преступленіе коснется государственныхъ или частныхъ судовъ: оно совершилось на государственной территоріи — и государство его уже должно наказать.

Принадлежатъ эти суда другимъ національностямъ, — дѣло соотвѣтствующихъ властей возбудитъ уголовное преслѣдованіе.

Если вообще возникаетъ вопросъ о предѣлахъ компетенціи судебныхъ учрежденій, то возможны опять только два случая.

Или воздушное судно снабжено соотвѣтствующими національными знаками или таковые у него отсутствуютъ.

Въ первомъ случаѣ—отечественная подсудность устанавливается безъ всякаго затрудненія, если только государство, надъ территоріей котораго дѣяніе произошло, отъ преслѣдованій откажется. Во второмъ же случаѣ аналогичный выводъ допустимъ лишь тогда, когда отечество судна признаетъ персональный принципъ наказанія.

Для Германіи вопросъ рѣшается § 4 Str GB. По указанному параграфу можно было только тогда наказать нѣмца-преступника, если бы деликтъ его, проявившій свое вредное дѣйствіе на чужомъ суднѣ, считался бы за таковой какъ законами чужого государства, такъ и въ Германіи.

Возможенъ еще и такой фактъ: воздушныя судна, парящія

надъ береговыми водами, производятъ наказуемое дѣяніе, направленное противъ лицъ и вещей, находящихся на землѣ или собственныхъ водахъ иностраннаго государства. Дѣяніе произошло столько же въ сферѣ иностраннаго государства, какъ и на его собственной территоріи.

Вообразимъ себѣ теперь, что вредное дѣйствіе ограничилось предѣлами одного воздушнаго судна: какъ мы должны поступить въ этомъ случаѣ?

Если мѣсто совершенія деликта находится надъ сухопутной территоріей даннаго государства или его собственными водами, то преимущественное право на наказаніе имѣетъ судебное учрежденіе этого государства. Отечественныя же власти судна компетентны лишь при наличности такихъ условій, при которыхъ они обычно реагируютъ на совершеніе своими подданными правонарушеній за границей.

Дѣяніе надъ береговыми водами, какъ происшедшее только въ сферѣ интересовъ чужого государства, разбирается обыкновенно національными органами судна.

Перейдемъ къ новой группѣ: преступленіе со стороны одного воздушнаго судна направлено противъ благъ, находящихся на другомъ. Установленный раньше принципъ поможетъ намъ разобраться и здѣсь. Преступленіе надъ территоріей или собственными водами—подвластно территоріальнымъ властямъ.

Что будетъ, однако, если пострадавшее судно принадлежитъ къ государственнымъ судамъ другой національности?

Мѣстомъ совершенія дѣянія считается отечество государственнаго судна. Органы его вмѣшиваются въ томъ случаѣ, если государство, надъ территоріей котораго дѣяніе произошло, не беретъ на себя судебнаго преслѣдованія. Если мѣсто преступленія находится въ пространствѣ надъ береговыми водами—интересъ государства, коему эти воды принадлежатъ, рѣшаетъ вопросъ о наказаніи. Право это—несомнѣнно при появленіи вреднаго результата дѣйствія на его государственномъ суднѣ или частномъ, носящемъ его національные знаки.

Если же дѣйствіе обнаружило свой вредъ на частномъ воздушномъ суднѣ, то рѣчь объ уголовномъ преслѣдованіи со стороны отечества пострадавшаго судна можетъ итти только тогда, если это судно носило внѣшніе знаки принадлежности къ данному государству. Нѣтъ у судна такихъ знаковъ,—право преслѣдованія его родины зависитъ отъ признанія ею персональнаго принципа.

Существованіе же національныхъ отличій даетъ возможность считать дѣяніе происшедшимъ и въ отечествѣ даннаго судна.

Не лишены значенія [1]) коллизіи двухъ или болѣе территоріальныхъ подсудностей въ томъ случаѣ, если съ воздушныхъ судовъ будутъ совершены преступныя дѣянія противъ кораблей, плавающихъ въ открытомъ морѣ. Очевидно, мы имѣемъ здѣсь два національныхъ закона: а) національный законъ государства, къ которому, согласно флагу, принадлежитъ воздушное судно, и б) національный законъ государства и морского корабля.

Будущее законодательство постарается примирить эту коллизію двухъ юридическихъ презумпцій.

Случаи нападенія съ земли на воздушныя суда и на находящихся въ нихъ людей и багажъ квалифицируются а) какъ нападенія на безопасность воздушнаго пути и воздухоплавательнаго движенія и б) какъ обыкновенные деликты. Въ первомъ случаѣ спрашивается: пользуется ли воздушное судно той особенной защитой уголовнаго права, которая существуетъ для другихъ современныхъ средствъ передвиженія (желѣзная дорога, почта и т. д.)? Вопросъ этотъ разрѣшается удовлетворительно швейцарскимъ уголовнымъ уложеніемъ (проектъ Угол. Улож. 193 ст. 155).

Статья эта находится въ отдѣлѣ „противъ безопасности публичнаго, пассажирскаго, грузового и почтово-телеграфнаго сношенія“.

Она гласитъ: „кто умышленно въ такой степени создастъ опасность для публичныхъ сношеній, въ особенности на улицахъ, дорогахъ или площадяхъ или для мореплаванія или воздухоплаванія, что человѣческая жизнь придетъ въ опасность,—наказывается тюрьмой“.

Составъ преступленія имѣетъ мѣсто, когда движенію воздушнаго шара угрожаетъ опасность.

Угроза движенія наступаетъ: а) при загражденіи воздухоплавательнаго пути, б) при созданіи препятствій при выѣздѣ изъ гавани, или станціи, или при спускѣ, в) при ложныхъ сигналахъ.

Такъ какъ въ этихъ случаяхъ центръ тяжести лежитъ не въ объектѣ посягательства (воздушный корабль), а въ дѣятелѣ, то и вопросъ о подсудности подчиненъ закону того государства, съ котораго послѣдовала физическая дѣятельность.

Трудно предвидѣть тѣ многоразличные случаи, какіе могутъ возникнуть на почвѣ обыкновенныхъ деликтовъ.

---

[1]) Meili. Das Luftschiff. S. 36 f.

Воздушное судно теряется: обломки или части его тонутъ въ морѣ или рѣкахъ, или падаютъ на землю. Владѣлецъ не соглашается отказаться отъ права собственности. Это будетъ невозвращеніе находки или кражи въ зависимости отъ казуса.

Мейли ссылается при этомъ на постановленія нѣмецкаго уголовнаго уложенія (§ 90, 82; 243, № 7; 265, 305, 306, № 2; 322). Что сдѣлано по отношенію къ морскимъ кораблямъ, оправдывается въ виду большой стоимости аэростатовъ и по отношенію къ послѣднимъ.

Съ точки зрѣнія субъекта преступленій или проступковъ, при воздухоплаваніи необходимо издать особыя постановленія для снаряженія судна и устройства соотвѣтствующаго предпріятія. Исходя изъ принципа индивидуальной отвѣтственности, необходимо различить: а) собственника владѣльца, содержателя воздушнаго судна, б) коменданта воздушнаго судна и рулевого, и в) рабочій персоналъ.

Какъ же распространяется отвѣтственность между указанными лицами?

Согласно германскому праву, при причиненіи увѣчья автомобилемъ, наряду съ обвиняемымъ шоффером, привлекается къ отвѣтственности также и владѣлецъ экипажа, тутъ же находящійся, въ томъ случаѣ, если онъ не дастъ шоффер указаній общаго характера, не затрагивающихъ технической стороны движенія, напримѣръ, не дѣлаетъ распоряженія объ уменьшеніи скорости ѣзды, въ то время какъ онъ видитъ ясно, что эта скорость угрожаетъ безопасности людей.

Но почему же тогда не подвергнуть отвѣтственности и пассажира?

Вопросъ этотъ разрѣшается, по нашему мнѣнію, правильно по аналогіи съ 123 ст. Уст. о Наказ., которая указываетъ на порученіе управленія лошадью лицу неспособному и пьяному. Правит. Сенатъ въ рѣшеніи своемъ по дѣлу Волкова 1874 г. № 301 устанавливаетъ, что отвѣтственности, указанной въ законѣ за скорую и неосмотрительную ѣзду, подвергаются какъ лицо, управляющее лошадью, такъ и лицо, ѣдущее въ экипажѣ, если судомъ будетъ признано, что послѣднее было соучастникомъ перваго, подстрекая или указывая ему ѣхать скоро и неосмотрительно. Хозяинъ лошади подлежитъ отвѣтственности только въ томъ случаѣ, если поручилъ управленіе лошадью лицу неспособному и пьяному. Очевидно, что здѣсь нѣтъ рѣчи объ отвѣтственности хозяина экипажа, если, во

время нахожденія его въ немъ, кучеръ, въ опытности котораго нѣтъ споровъ, будетъ сидѣть вмѣстѣ съ нимъ. А такъ какъ аналогія по 123 ст. примѣнительно къ случаямъ неосмотрительной ѣзды по коннымъ желѣзнымъ дорогамъ уже имѣла мѣсто въ рѣшеніи Сената по дѣлу Губонина 1874 г. № 17, то нѣтъ никакихъ основаній къ непримѣненію этого же принципа въ случаяхъ неосмотрительной ѣзды на воздушномъ суднѣ авіатора въ присутствіи собственника этого судна.

Дистанцъ-деликты.

Предположимъ, что иностранцы, находясь на своемъ аэростатѣ во время низкаго полета надъ территоріей, позволятъ себѣ дѣяніе явно преступное и оскорбляющее нравственное чувство жителей. Здѣсь можетъ произойти репрессія территоріальнаго государства по принципу такъ называемыхъ дистанцъ-деликтовъ [1]).

Установить, произошло ли инкриминируемое дѣяніе въ Германіи, является труднымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда оно въ разные промежутки времени захватываетъ многія мѣста, при чемъ одна его часть die *verursächende* Willenstätigkeit des Verbrechers проявилась за границей, а другая der Eintritt des *Erfolges* oder vermittelnder Zwischenglieder въ Германіи, или наоборотъ.

Старая доктрина старалась выяснить, что́ составляетъ существенную часть поступковъ: созданіе ли причины его появленія, или его конечный результатъ. Въ настоящее же время наука и практика пришли единогласно къ тому выводу, что фактъ преступленія представляетъ собой нѣчто не дѣлимое и что цѣль наказанія будетъ достигнута безъ различія, произошло ли въ предѣлахъ карающаго государства все преступленіе или только часть его.

Поэтому безусловно достаточно для наказанія въ одной странѣ, чтобы въ ней была проявлена какая-угодно часть деликта, будь это Verursachungsthätigkeit (выстрѣлъ—рана и смерть за границей), или результатъ (распространеніе запрещеннаго изданія—которое напечатано и послано изъ-за границы), или Zwischenglied (при обманѣ) возбужденіе ложнаго представленія — между лживымъ письмомъ и имущественнымъ ущербомъ.

---

[1]) Лекціи по угол. праву проф. Шмидта.—Beilagen zu Vorlesungen von Prof. Schmidt. Deutsches Strafrecht.

Рѣшенія имперскаго суда.

Примѣненіе дистанцъ-деликтовъ къ воздухоплаванію даетъ слѣдующіе результаты. Выводы имперскаго суда распространяются не только на выкрикиванія, но и на стрѣльбу, выбрасываніе чего-либо изъ воздушнаго судна. За мѣсто совершенія преступленія должно быть принято все пространство, которое прошли—звукъ, камень и пуля. Идея дистанцъ-деликтовъ получитъ особое примѣненіе и преобразованіе въ воздухоплаваніи: карательную власть должно будетъ имѣть то государство, въ которомъ проявится вредъ преступленій.

Является вопросъ, который, несомнѣнно, будетъ часто возбуждаться съ развитіемъ воздухоплавательнаго движенія, а именно въ какой степени уголовная отвѣтственность касается представителей судна, причинившаго смерть или увѣчье во время крушенія аэростата полнаго и частичнаго. Здѣсь могутъ быть два случая, если смерть или увѣчье послѣдовало отъ пороковъ механизма—субъективный элементъ, или отъ воздѣйствій атмосферы—элементъ объективный.

Нашъ законъ, Уставъ о Наказаніяхъ, ст. 10 п. I, говоритъ, что проступки, совершенные случайно, не вмѣняются въ вину. Уставъ воинскій (ст. 68 по изд. 1875 г.) прибавлялъ къ этому „когда со стороны учинившаго не было при этомъ невнимательности къ обязанностямъ по его службѣ и, если окажется такая невнимательность, то онъ отвѣчаетъ только за нее, смотря по обстоятельствамъ, къ ней относящимся“.

Въ дѣйствующее уголовное уложеніе также внесено спеціальное постановленіе о томъ, что не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, коего учинившій не могъ предвидѣть или предотвратить.

Согласно 42 ст. Уголовнаго Уложенія „не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, коего учинившій не могъ предвидѣть или предотвратить“. Согласно 43 ст. Угол. Улож., при неосторожныхъ дѣяніяхъ правило сіе не примѣняется, если самое невѣдѣніе было послѣдствіемъ небрежности виновнаго.

Ясно, что при несовершенствѣ аппарата авіаторъ, самонадѣянно создающій новое предпріятіе для передвиженія въ пространствѣ—перевозку пассажировъ, не можетъ ссылаться на безнаказанную для него случайность происшедшаго крушенія, ибо въ уголовномъ правѣ случайными называютъ такія дѣйствія лица, которыхъ на-

ступленіе виновный не только не предвидѣлъ, но и не могъ предвидѣть при полной внимательности съ его стороны къ своимъ проступкамъ.

Насъ, разумѣется, не должны смущать слова „дѣйствіе“, „дѣяніе“ въ 43 ст. Угол. Улож., такъ какъ, по разъясненію редакціонной комиссіи, всѣ эти выраженія основываются на нѣкоторомъ недоразумѣніи; такъ какъ слово „дѣяніе“ обнимаетъ собою преступное дѣйствіе и преступные результаты, преступное содѣйствіе и преступное бездѣйствіе, оно соотвѣтствуетъ выраженію „зло“, которое употреблено въ 93 ст. дѣйствующаго уложенія.

Нетрудно видѣть, что разъ наказаніе за небрежность опредѣляется тогда, когда виновный могъ и долженъ былъ предвидѣть послѣдствія своего дѣянія, то этотъ принципъ относится къ спеціалистамъ, у которыхъ детальное изученіе предмета и презумируется. Архитекторъ, у котораго рухнулъ неправильно построенный сводъ, наказывается потому, что онъ, принимая руководительство постройкою, долженъ знать, какъ строить своды, точно также изобрѣтатель или просто инженеръ отвѣчаетъ за непредусмотрительность при постройкѣ воздушнаго судна, если онъ осмѣлился принять на него и повезти людей. Но могутъ быть случаи, когда несчастье или въ частности крушеніе произошло отъ причинъ объективныхъ: вѣтеръ, дождь, туманъ; обыкновенно въ нашемъ законодательствѣ такія явленія относятся къ vis major и отвѣтственности машиниста морского корабля или паровоза не подвергаютъ. Долженъ ли быть примѣненъ этотъ принципъ и къ пилоту воздушнаго корабля и къ строителямъ его, т. е. должны ли они быть освобождены отъ уголовной отвѣтственности, или, быть можетъ, воздухоплаваніе въ качествѣ предпріятія имѣетъ нѣсколько индивидуальную природу, отличную отъ природы другихъ средствъ передвиженія, которая заставляетъ насъ сузить понятіе „непреодолимой силы“, примѣнивъ репрессію тамъ, гдѣ при желѣзнодорожномъ и морскомъ движеніи кораблей такой репрессіи не имѣется?

Но прежде чѣмъ рѣшимъ мы этотъ вопросъ въ томъ или иномъ смыслѣ, мы обратимся къ нашему законодательству и посмотримъ, какъ оно относится къ понятію vis major или, какъ его именуютъ, „непреодолимой силы“.

Необходимо замѣтить, что точнаго и единообразнаго опредѣленія въ нашемъ сводѣ законовъ того, что такое „непреодолимая сила“, не имѣется. Въ разныхъ отдѣлахъ перестрятъ различныя

формулировки большею частью казуистическаго характера [1]). Такъ, наше законодательство (X томъ въ ст. 2112 Св. Зак. 1842 г.) разсматриваетъ, какъ непреодолимую силу, пожаръ, наводненіе, кораблекрушеніе, отраженіе непріятеля, нечаянное захваченіе непріятеля въ пути, истребленіе вещей по военнымъ обстоятельствамъ или зачумленію, распоряженію правительства, моровую язву, гибель судна, происшедшую отъ сильной бури, молніи или отъ другихъ причинъ, отъ воли Божьей зависящихъ (ст. 216 т. X. ч. I Св. Зак. и № 8 о судоходствѣ по Байкалу), гибель судна отъ воли Божьей, наводненіе или пожаръ, падежъ скота, необыкновенную распутицу, разбитіе судовъ бурею и другими несчастными случаями (ст. 218 т. X. ч. Св. Зак.), жестокій вѣтеръ, кораблекрушеніе или другой гибельный случай (ст. 47, XI т. ч. III Уст. Кред.), лишеніе свободы, прекращеніе сообщеній по случаю заразы, нашествія непріятеля, необыкновеннаго разлитія рѣкъ и тому подобныхъ непреодолимыхъ препятствій, внезапное разореніе отъ несчастнаго случая или болѣзни (ст. 49 т. XII Полож. о наймѣ на сельскія работы ст. 388 Уст. Угол. Судопр.), распоряженіе правительства, необычайное событіе или дѣйствіе непреодолимой силы (ст. 2 Общ. Уст. Рос. ж. д.), непреодолимость превосходящей силы, принужденіе (ст. 100 Улож. о Наказ.), принужденіе требованіями закона или правительства или необходимою личною обороною, или же стеченіе такихъ обстоятельствъ, причинившихъ вредъ, которыхъ нельзя было предотвратить (ст. 684 т. X ч. I Св. Зак.).

Само собою разумѣется, что если воздушныя судна превратятся (что вѣроятно) въ орудіе войны и истребленія, и произойдетъ нечаянное захваченіе непріятелемъ, то это будетъ vis major. Но во всякомъ случаѣ мы отрицаемъ, чтобы причины, „отъ воли Божьей зависящія“, какъ то—дождь, буря, снѣгъ и т. д., что на языкѣ полож. о каз. подр. и пост. называется „необыкновенной распутицей“, всегда могли бы избавить судно отъ отвѣтственности за смерть и увѣчье, и повторяемъ, что сила атмосферическихъ вліяній должна быть преодолѣна по самому замыслу постройки воздушнаго корабля, ибо существенное понятіе „непреодолимой силы“ заключается въ томъ, что явленіе природы, причинившее вредъ, и самый вредъ не могли быть предотвращены всѣми возможными мѣрами при данныхъ обстоятельствахъ предосторожности. Между тѣмъ

[1]) Проектъ Гражданскаго Уложенія. Обязательства. Т. 2, ст. 474, стр. 495.

элементарная предосторожность при постройкѣ каждаго судна, претендующаго на платное передвиженіе, — это именно создать такой совершенный въ техническомъ смыслѣ корабль, который могъ бы противостоять всякому внѣшнему давленію атмосферы. Замѣчательно, что въ нашемъ законодательствѣ можно найти нѣкоторые намеки на то, что наличность простого факта непреодолимости, бури, урагана и т. п. не составляетъ достаточнаго основанія къ освобожденію лицъ отъ отвѣтственности за вредъ, если вмѣстѣ съ симъ не установлено, что это лицо не могло своевременно предвидѣть означеннаго событія. На это указываютъ, напримѣръ, слѣдующія выраженія закона: „нечаянное захваченіе въ пути непріятеля, моровая язва, открывшаяся послѣ заключенія договора“, неожиданно случившійся падежъ скота въ пути, или необыкновенная распутица (п. 2 и 6 ст. 216, п. 3 ст. 218 т. X ч. I Св. Зак. и Полож. о казен. подр. и поставкахъ). Такъ, напримѣръ, перевозчикъ, предвидѣвшій сильную бурю, могъ избѣгнуть ее, зайдя въ близкій портъ и т. д., но, не сдѣлавъ этого и продолжая путь со своимъ ветхимъ и неблагонадежнымъ судномъ, долженъ отвѣчать за гибель пассажировъ. Несомнѣнно также, что лицо, которое по своей винѣ вызвало непреодолимое препятствіе для него (напримѣръ, пожаръ) не можетъ оправдываться ссылкою на непреодолимую силу. Въ виду сего, „непреодолимая сила“ въ отличіе отъ простого случая называется также непреодолимымъ и неизбѣжнымъ случаемъ (ст. 509 т. XI Уст. Торг.) и составляетъ видъ родового понятія о случаѣ, противополагаемомъ понятію о винѣ. Такимъ образомъ, если исключить такія явленія, вредныя дѣйствія которыхъ ни въ какомъ случаѣ къ винѣ строителя воздушнаго судна или авіатора отнестись не могутъ (молнія, изверженіе вулкановъ), то остается еще цѣлый рядъ воздѣйствій, которыя мы исключаемъ изъ понятія непреодолимой силы, включая въ понятіе случай, который, будучи вызванъ недостаточной предусмотрительностью и вытекая изъ техническаго несовершенства, какъ при постройкѣ, такъ и управленіи судномъ, долженъ быть признанъ поэтому дѣяніемъ неосторожнымъ, влекущимъ за собою соотвѣтствующую уголовную репрессію и удовлетвореніе гражданскаго иска.

На указанномъ нами сейчасъ примѣрѣ мы можемъ видѣть, что иногда самыя уже проторенныя понятія въ правѣ пріобрѣтаютъ въ примѣненіи къ воздухоплаванію нѣсколько иной характеръ, дающій имъ специфическую окраску. Дѣло, конечно, за жизнью и за развитіемъ воздухоплаванія, какъ предпріятія. Своеобразные

правовые штрихи будутъ все болѣе и болѣе сгущаться для того, чтобы впослѣдствіи создалось новое, богатое свѣжими принципами право воздухоплаванія.

Мм. Гг. Съ незапамятныхъ временъ плаванье въ воздухѣ являлось мечтой человѣчества. Воплощеніе его въ видѣ характерныхъ образовъ мы найдемъ уже въ библіи: пророкъ Елисей, ангелы; затѣмъ въ миоологіи, сагахъ и сказкахъ культурныхъ народовъ: Меркурій со своими окрылепными сандаліями, Персей, Дедалъ и Икаръ, кузнецъ Виландъ, на сѣверномъ нарѣчьи Велундръ, валькиріи, эльфы, волшебникъ Клингсоръ, сапогъ, шагающій по семи миль сразу, Петръ Шлемиль—поэта Шамиссо и т. п.

Мы, кажется, имѣемъ право сказать, что давно ожидавшееся завоеваніе воздуха для человѣческихъ сношеній въ принципѣ достигнуто. Мы должны привыкнуть къ той мысли, которая такъ недавно казалась еще мечтой, что воздушный корабль въ скоромъ времени станетъ замѣтнымъ средствомъ передвиженія. Законодатель не можетъ и не сумѣетъ игнорировать воздухоплаваніе. Тамъ, гдѣ зарождается новая область человѣческихъ сношеній, право должно явиться, какъ вѣрный другъ и руководитель. Не прошло и вѣка, какъ развилось въ мощной силѣ желѣзнодорожное и пароходное законодательства, не прошло и двухъ десятилѣтій, какъ мы имѣемъ циклъ законовъ и особыхъ постановленій, нормирующихъ велосипедное и автомобильное право.

Да, завоевалъ воздухъ: побѣда, которая не досталась ни одному изъ самыхъ знаменитыхъ завоевателей мечемъ. Наряду съ землею и моремъ мы пріобрѣтаемъ новую арену—воздушный путь, на которомъ будутъ разыгрываться человѣческія страсти, создадутся новые острые углы въ отношеніяхъ, съ настойчивыми требованіями вмѣшательства права. Ибо замѣчено, что всякій прогрессъ въ техникѣ, какъ бы онъ ни былъ замѣчателенъ, создаетъ тѣмъ не менѣе цѣлый рядъ опасностей для собственности и жизни, соприкасающихся съ изобрѣтеніемъ людей.

Какъ только въ жизни появится какое-нибудь новое изобрѣтеніе, сейчасъ же вслѣдъ за нимъ должно пойти и законодательство,—защищая или преслѣдуя, остерегая и возмѣщая вредъ. Всюду мы чувствуемъ біеніе пульса жизни, творящей новыя правовыя понятія и институты. Πάντα εἰ и съ точки зрѣнія права. Знаменитыя слова стараго учителя Гёте: „вступите лишь въ жизнь, а тамъ за что бы вы ни взялись,—все интереспо“—остаются вѣчной правдой въ отношеніи исканія права.

Нужно только умѣть смотрѣть, и тогда зрителю на каждомъ шагу будутъ открываться измѣненія въ правѣ, вызванныя сначала жизнью, а затѣмъ уже законодательствомъ.

Вотъ почему право воздухоплаванія не есть нѣчто праздное, а жгучая потребность, быть можетъ, завтрашняго дня, не занятіе аристократовъ-юристовъ, а насущная необходимость предвидѣть вліяніе на правовую жизнь массъ этихъ новыхъ колоссальныхъ въ ближайшемъ будущемъ капиталистическихъ предпріятій, найти опору въ правѣ искамъ изувѣченныхъ, жалобамъ пострадавшихъ отъ этихъ новыхъ мощныхъ очаговъ преступности. Если мы не можемъ быть впереди движенія воздухоплаванія въ Европѣ и его права, то мы не должны, по крайней мѣрѣ, быть позади него.

Правда, наша конституціонная телѣга еще безъ колесъ, и какъ-то больно въ нашей, какъ бы застывшей въ правовомъ отношеніи странѣ говорить о воздухоплавательномъ правѣ. Но кто знаетъ,—быть можетъ, то, чего не могли сдѣлать еще до сихъ поръ ни вотчинная опека, ни Россійская Государственная Дума—выбросить за бортъ цѣлый ворохъ пормъ такъ называемаго нашего административнаго права, сдѣлается гораздо быстрѣе воздушнымъ судномъ, которое смететъ шлагбаумы запретовъ передвиженія, обложенія и всяческаго стѣсненія личности. Свѣжее теченіе воздухоплавательнаго судна сдѣлаетъ переворотъ не только въ экономической, но и въ правовой жизни страны.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

11 ноября 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 8½ час. вечера, подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя уголовнаго отдѣленія общества *В. Д. Набокова.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена *О. О. Грузенберга „О свободѣ судебнаго слова“.*

Обращаясь къ изложенію своего доклада, *О. О. Грузенбергъ* сообщилъ слѣдующее:

Не для суда надъ судомъ, осудившимъ прис. повѣр. Гиллерсона предлагаю я вашему вниманію свой докладъ: для этого—другія средства, другая аудиторія. Процессъ этотъ важенъ лишь постольку, поскольку онъ поставилъ передъ русскимъ обществомъ

во всей наготѣ важный вопросъ: возможно ли истинное правосудіе тамъ, гдѣ нѣтъ свободной защиты?

Основы современнаго состязательнаго процесса, залегшія глубоко въ народное сознаніе культурныхъ странъ, вывели защиту изъ жалкой роли пріемыша въ средѣ органовъ отправленія уголовнаго суда и поставили ее на высоту важнаго государственнаго служенія. Борьба за интересы подсудимаго перестала быть частнымъ дѣломъ частнаго лица. Съ тревогою слѣдитъ за нею окрѣпшее общество, и, понынѣ прощая государству много грѣховъ, оно не желаетъ попускать одного—грѣха неправосудія. Нерѣдко несправедливый, отяготительный налогъ, непроизводительная трата народныхъ средствъ тревожатъ не такъ глубоко общественную совѣсть, будятъ въ ней не столь остро чувство протеста, какъ сознаніе напрасно загубленнаго судомъ человѣческаго существованія. Надъ мертвой зыбью равнодушной повседневности внезапно, то въ одномъ, то въ другомъ концѣ культурнаго міра,—вспыхиваютъ негодованіе и боль по поводу отдѣльнаго случая судебной неправды. Чувства эти растутъ и крѣпнутъ, захватываютъ и объединяютъ множество людей, заставлая ихъ на время забыть антагонизмъ національныхъ, религіозныхъ и классовыхъ интересовъ. Въ эти дни самая робкая, задавленная душа шлетъ горячій укоръ государству.

Государство знаетъ эту чуткую отзывчивость общества, и даже въ тѣ тяжелые историческіе моменты, когда близорукій страхъ за утрату той или иной отжитой формы толкаетъ его къ неоглядному произволу, оно предпочитаетъ скорѣе симулировать судъ, чѣмъ отъ него отказаться. Съ энергіей, страстью и настойчивостью, съ какими оно билось и все еще бьется за участіе въ законодательствованіи страны, общество добилось своего главенства въ дѣлѣ отправленія уголовнаго правосудія. Оно контролируетъ путемъ публичности и гласности дѣятельность суда; оно черезъ своихъ выборныхъ людей разрѣшаетъ вопросъ о виновности; оно, въ противовѣсъ государственному обвиненію, поставило свою, равноправную, сильную знаніемъ и независимостью защиту. И какъ ни разнообразны мнѣнія относительно того или иного устройства адвокатуры, они едины въ вопросѣ о необходимости защиты тамъ, гдѣ судъ выведенъ изъ застѣнка.

„Отрицаніе защиты“ — говоритъ одинъ изъ виднѣйшихъ процессуалистовъ,—„есть отрицаніе правосудія. Процессъ, гдѣ обвиняемый поставленъ лицомъ къ лицу противъ обвиненія, воору-

женнаго всесильною помощью государства, не достоинъ имени судебнаго разбирательства; онъ превращается въ травлю“.

Но сила и значеніе уголовной защиты—не во внѣшнемъ фактѣ предоставленія въ помощь подсудимому одного изъ ея представителей, а въ признаніи за этой защитой особыхъ правъ, вытекающихъ съ необходимостью изъ ея природы, задачъ и условій дѣятельности. Только тогда уголовный процессъ перестаетъ быть травлею сотнями тысячъ одного, когда тотъ, кому ввѣряется его защита, свободенъ отъ опасенія, что за исполненіе процессуальныхъ обязанностей его ждутъ преслѣдованія и кара. Слово—единственное оружіе защиты, и не надо обезсиливать его ударовъ отместкою за вѣрность и крѣпость ихъ. Только тогда звучитъ оно правдиво, убѣдительно и сильно, когда родится въ атмосферѣ безстрашія и долга. Оно—не цѣль, не самодовлѣющее искусство; оно—только средство къ отысканію истины, къ присужденію справедливости. Напрасно было бы искать чертъ аналогіи между судебнымъ заломъ и публичными собраніями,—въ немъ нѣтъ ничего, что имѣло бы своей задачей публику, ея интересы. И если необходимо сравненіе,—залъ этотъ ближе всего подходитъ къ анатомическому театру, гдѣ не стыдятся оголеннаго тѣла, ибо оно больше не соблазняетъ; гдѣ не боятся возбужденія страсти, ибо она замираетъ передъ таинствомъ смерти. И въ судебномъ залѣ всѣ и все служатъ одной цѣли, одной задачѣ—разрѣшенію спора между обвиненіемъ и защитою. Люди, какъ и документы, расцѣниваются на судѣ лишь съ точки зрѣнія ихъ достовѣрности, въ смыслѣ значенія и силы судебныхъ доказательствъ. И если для провѣрки истинности показаній представляется нужда въ раскрытіи неприглядной правды изъ жизни свидѣтелей и тяжущихся въ обнаруженіи несовершенствъ государственнаго строя и порядковъ,—защита не должна и не можетъ остановиться передъ этой тягостной работой. Словно скальпель анатома, допросъ и рѣчь защитника должны безболзненно разсѣкать всѣ покровы, обволакивающіе и правду-истину, и правду-справедливость. Ища оправданія или смягченія вины, защитникъ имѣетъ право вскрыть тѣ мотивы, которые всколыхнули душу его кліента и поставили въ противорѣчіе съ закономъ. И если для этого надо проникнуть въ загадочный міръ его идей и грезъ, если нужно обрисовать ихъ колдующую власть, защитникъ не только можетъ,—онъ обязанъ это сдѣлать. Оправдывая эти идеи, если ими вызвано преступленіе, защитникъ исполняетъ лишь возложенную на него закономъ

функцію и нисколько не долженъ заботиться о томъ,—какое дѣйствіе можетъ произвести его рѣчь на публику.

Кругъ лицъ, къ которымъ защита обращаетъ свое слово, идетъ не далѣе судейскаго барьера. Судебный залъ открытъ для публики не какъ мѣсто зрѣлищъ. Публичность допущена въ немъ лишь какъ одно изъ средствъ контроля. И если въ томъ или другомъ отдѣльномъ случаѣ публичное изслѣдованіе можетъ оскорбить религіозное чувство, нарушить требованія нравственности, достоинства государственной власти или общественный порядокъ, — развѣ судебный дѣятель вправѣ отказаться отъ выполненія во всей широтѣ лежащей на немъ обязанности? Лучше отказаться отъ могущественнаго орудія судебнаго контроля — публичности, нежели сжимать и урѣзывать судебное слѣдствіе, нежели комкать и гильотинировать пренія сторонъ. Предпочтительнѣе закрывать двери суда, нежели загораждать уста защитѣ. Судъ по политическимъ дѣламъ все время оперируетъ надъ легко воспламеняющимся преступнымъ матеріаломъ. Та самая статья, за напечатаніе которой судится и осуждается редакторъ, та самая рѣчь, которая вмѣняется въ вину лицу, ее произнесшему, оглашаются безъ малѣйшаго пропуска судомъ и сторонами, оглашаются въ переполненномъ публикою залѣ и появляются на слѣдующій день цѣликомъ въ печати... вмѣстѣ.... вмѣстѣ съ обвинительнымъ приговоромъ за ея напечатаніе, за ея произнесеніе. Логика права вполнѣ объясняетъ разрѣшеніе воспроизводить въ газетномъ отчетѣ осужденную рѣчь. Государство не можетъ опасаться ея воздѣйствія послѣ того, какъ она заклеймлена судомъ, какъ преступная. Опасаться этого — значитъ не вѣрить въ авторитетъ суда, значитъ признать, что между государствомъ и обществомъ существуетъ глубокій непримиримый антагонизмъ, который не можетъ долго длиться, который долженъ разрѣшиться катастрофой. Само собою разумѣется, что обусловливаемая серьезностью института уголовной защиты свобода судебнаго слова не знаменуетъ еще собою произвола ея. На стражѣ закономѣрной дѣятельности сторонъ стоитъ власть предсѣдателя, которому единственно принадлежитъ надзоръ за правильностью и цѣлесообразностью происходящихъ на судѣ дѣйствій. И въ тѣ часы, когда именемъ закона отправляется правосудіе, въ судебномъ залѣ нѣтъ силы, нѣтъ власти сильнѣе и властнѣе суда. Пусть въ залѣ этомъ произойдетъ тяжкое нарушеніе порядка, пусть также свершится преступленіе, — никакая иная власть не вправѣ приступить къ исполненію своихъ обязанностей, пока судъ

ея не призоветъ или не предоставитъ ей поля дѣятельности прекращеніемъ собственныхъ своихъ функцій. Государству нѣтъ надобности вводить для надзора за дѣломъ правосудія иные органы власти. На зоркой и чуткой стражѣ его интересовъ стоитъ судъ, въ лицѣ его предсѣдателя, стоитъ и прокуроръ, исполняющій обязанности не только стороны, но и охранителя закона.

Опасенія на счетъ возможнаго въ отдѣльныхъ, при томъ рѣдкихъ, случаяхъ бездѣйствія предсѣдателя лишены серьезнаго основанія: контроль со стороны остальныхъ членовъ судебнаго присутствія и лица прокурорскаго надзора—достаточный оплотъ противъ нарушенія имъ служебнаго долга.

И если судъ не нашелъ, что въ рѣчи защитника были допущены какіе-нибудь эксцессы, никакая власть не вправѣ входить въ пересмотръ образа дѣйствій защитника на судѣ. Это недопустимо не только въ интересахъ охраненія судебнаго авторитета, но и потому въ особенности, что для оцѣнки вопроса о правильности и допустимости той или иной судебной рѣчи или отдѣльныхъ мѣстъ ея понадобилось бы воспроизвести всю судебную обстановку со всѣми ея, часто неуловимыми, оттѣнками. Только суду, разсматривающему дѣло по существу, возможно судить о правомѣрности произнесенной рѣчи: передъ нимъ, штрихъ за штрихомъ, разворачивается дѣло, онъ воспринимаетъ, вмѣстѣ съ сторонами, вызываемыя судебнымъ слѣдствіемъ впечатлѣнія, — и, слѣдя не только за словами оратора, но и за тономъ всей его рѣчи, только онъ одинъ можетъ отличить неудачное выраженіе отъ умышленнаго злоупотребленія словомъ. Власть предсѣдателя пресѣкаетъ всякое злоупотребленіе словомъ въ самомъ его зародышѣ, а за допущенную неправильность защитникъ долженъ подвергнуться дисциплинарному взысканію, строгость котораго доходитъ до исключенія изъ сословія. Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе, что такое наказаніе превосходитъ по своей тяжести многія изъ тѣхъ, которыми располагаетъ уголовный кодексъ за злоупотребленіе словомъ. Правда, могутъ быть отдѣльные случаи невозможности предотвратить злоупотребленіе словомъ (произнесеніе бранныхъ и поносительныхъ выраженій и т. д.), но и для этихъ случаевъ не слѣдуетъ отступать отъ основного положенія о наказуемости излишества и эксцессовъ въ судебной рѣчи лишь въ порядкѣ суда дисциплинарнаго.

Если при осуществленіи обыкновенныхъ практическихъ плановъ игнорируются во имя цѣлаго отдѣльныя шероховатости и

неудобства,—то вопросъ огромной важности, связанный съ наиболѣе жизненными интересами государства, не долженъ разрѣшаться въ зависимости отъ малодушныхъ опасеній, что надлежащая постановка свободы судебнаго слова можетъ когда-нибудь обусловить примѣненіе къ нарушителю менѣе суроваго возмездія, чѣмъ установленное въ обще-уголовномъ кодексѣ. Нѣтъ такого института публичнаго права, гдѣ не приходилось бы для успѣшнаго его функціонированія жертвовать мелкими случайными интересами. Лучшимъ примѣромъ, взятымъ, при томъ, непосредственно изъ интересующей насъ области, служитъ институтъ адвокатской тайны и право свиданій защитника съ подсудимымъ наединѣ.

Во время объясненія съ защитникомъ подсудимый иногда не только сознается въ содѣянномъ преступленіи, но и можетъ сообщить при этомъ факты, удостовѣряющіе, напримѣръ, осужденіе вмѣсто него невиннаго, или дающіе матеріалъ для предупрежденія готовящагося его соучастниками новаго преступленія. И, поскольку сообщенное неразрывно связано съ отвѣтственностью его кліента, защитникъ обреченъ на трагизмъ сохраненія тайны преступленія. Этого требуетъ отъ него не кастовая этика, а государство, сознательно жертвующее во имя высшей идеи правосудія цѣлымъ рядомъ ближайшихъ и непосредственныхъ интересовъ. Оно не можетъ допустить, чтобы подсудимый, котораго изолировало и обрекло на одиночество предъявленное обвиненіе, былъ отчужденъ и отъ того „единственнаго“, кто поставленъ на стражѣ его защиты. А тайна свиданія съ подсудимымъ наединѣ?—Развѣ законъ не понимаетъ, что это право можетъ обратиться въ орудіе тяжкаго злоупотребленія? Развѣ можно поручится, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно не послужитъ почти непобѣдимымъ средствомъ къ организаціи побѣга и соглашенія съ соучастниками? Конечно, нельзя. Но и здѣсь передъ высокой идеей судебной защиты блекнутъ и никнутъ всѣ мелкіе страхи и практическія опасенія. Государственный и общественный интересъ, породившій извѣстную функцію, облекшій ее въ службу, повинность и долгъ, требуетъ ограниченія во имя ея менѣе важныхъ интересовъ того же государства и общества. Эти воззрѣнія на значеніе и права судебной рѣчи присущи большинству современныхъ законодательствъ.

Начиная съ англо-американскаго законодательства, въ силу котораго адвокатъ пользуется на судѣ полной свободой рѣчи и не можетъ быть за нее подвергаемъ уголовной отвѣтственности, всѣ они создали рядъ преграждений для мстительнаго посяг-

гательства политической и личной злобы на безстрашное судебное слово.

Французскій законъ 29 іюля 1881 г. о свободѣ печати, воспроизводящій, въ общемъ, постановленія 1819 г., въ статьѣ 41 опредѣляетъ: „Не могутъ служить поводомъ къ возбужденію обвиненія объ опозореніи, оскорбленіи или обидѣ ни добросовѣстное изложеніе судебныхъ преній, ни произнесенныя на судѣ рѣчи или предъявленные суду документы“.

Это категорическое постановленіе закона не исключаетъ, конечно, права суда реагировать на произнесенную передъ нимъ рѣчь. Судьи, въ силу той же 41 ст., могутъ прекратить преступную рѣчь и приговорить виновнаго къ вознагражденію за вредъ и убытки въ пользу какъ оскорбленныхъ сторонъ, такъ и свидѣтелей и экспертовъ. Судьи также могутъ дѣлать въ подобныхъ случаяхъ замѣчанія адвокатамъ и даже временно устранять ихъ отъ исполненія обязанностей. Продолжительность такого устраненія не можетъ превышать двухъ мѣсяцевъ вообще и шести мѣсяцевъ въ случаѣ повторенія проступка въ томъ же году.

Надлежитъ отмѣтить, что законъ даетъ оскорбленной сторонѣ право и на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, но ставитъ его въ зависимость отъ признанія достаточности къ тому основаній судомъ, передъ которымъ совершилось оскорбленіе. Въ постановленіи суда необходимо точное указаніе на самые позорящіе факты и признаніе ихъ не относящимися къ дѣлу. При отсутствіи такого постановленія судебное преслѣдованіе не допустимо. Однако, лица, въ процессѣ не участвовавшія, пользуются правомъ преслѣдованія за оскорбленія внѣ зависимости отъ разрѣшенія суда.

Гораздо шире постановка вопроса о признаніи за судебной рѣчью особыхъ правъ въ бельгійскомъ законодательствѣ, не допускающемъ вовсе уголовнаго преслѣдованія. Въ ст. 452 Code pénal устанавливается ненаказуемость рѣчи, произнесенной въ судѣ, а также выраженій, помѣщенныхъ въ представленныхъ суду бумагахъ, если только они относятся къ дѣлу и участвующимъ въ немъ лицамъ. Суду, вмѣстѣ съ тѣмъ, предоставляется право уничтоженія оскорбительныхъ документовъ и наложенія на адвокатовъ дисциплинарныхъ взысканій. Самое наложеніе взысканій по проступкамъ, совершеннымъ адвокатами въ судебномъ засѣданіи (delits d'audience), производится въ виду французскихъ и бельгійскихъ процессуальныхъ правилъ въ особомъ порядкѣ. Согласно общему началу, что les fautes d'audience, comises par les avocats,

doivent être reprimées par le tribunal ou elles se produisent,— налагать взысканіе за эти дѣянія имѣетъ право лишь судъ, въ присутствіи котораго они были совершены. Въ томъ ли самомъ засѣданіи, гдѣ произошло нарушеніе, или въ другомъ, спеціально для обсужденія этого инцидента созванномъ, но только тотъ же самый составъ суда, а не какая другая власть, постановляетъ свое опредѣленіе.

Германскій кодексъ въ § 193 признаетъ неподлежащими наказанію: 1) объясненія, дѣлаемыя для осуществленія или защиты правъ или для огражденія законныхъ интересовъ; 2) выговоры и замѣчанія начальниковъ подчиненнымъ; 3) служебныя сообщенія или мнѣнія должностныхъ лицъ.

Согласно § 266 венгерскаго кодекса, не могутъ подлежать наказанію даваемыя на судѣ объясненія съ указаніемъ на позорящіе факты.

Еще дальше идетъ въ этомъ направленіи итальянское уложеніе, которое въ ст. 389 категорически постановляетъ о недопустимости уголовнаго преслѣдованія ни по поводу рѣчей, произнесенныхъ въ судѣ сторонами и ихъ повѣренными, ни въ отношеніи состязательныхъ бумагъ и документовъ, ими суду представленныхъ.

Анализъ соотвѣтствующихъ постановленій нашего матеріальнаго и процессуальнаго права приводитъ къ заключенію, что признаніе исполненія служебныхъ и профессіональныхъ обязанностей (Amts-und Dienstpflichten) одной изъ причинъ, уничтожающихъ отвѣтственность, присуще, въ значительной степени, и дѣйствующему у насъ законодательству. Согласно общему началу, устанавливаемому ст. 44 угол. улож., не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное во исполненіе закона. Въ мотивахъ къ статьѣ этой пояснено, что дѣйствіе ея распространяется не только на лицъ, служащихъ въ тѣсномъ смыслѣ, но и на тѣхъ, которыя исполняютъ какія-либо общественныя функціи, или осуществляютъ дисциплинарную власть, или пользуются какимъ-либо особымъ правомъ. Это основаніе безнаказанности заключается не въ особенныхъ качествахъ того или иного лица, а въ условіяхъ его дѣятельности, не допускающихъ иного отношенія. Сообразно съ этимъ, угол. улож., въ мотивахъ къ ст. ст. 530 и 531, устанавливаетъ, что обхожденіе, хотя бы унизительное для чести, отзывъ о комъ-либо, позорящій доброе имя, теряютъ свой преступный характеръ, какъ скоро обвиняемый имѣлъ право на такое обхожденіе по своему

должностному или общественному положенію, какъ скоро оскорбительный отзывъ былъ сдѣланъ во исполненіе какихъ-либо обязанностей.

По этимъ основаніямъ, — излагается далѣе въ тѣхъ же мотивахъ,—не можетъ подлежать взысканію за обиду распорядитель собранія, приказавшій удалить лицо, нарушившее правила собранія; равнымъ образомъ, будетъ безотвѣтственъ и тотъ, кто, будучи обязанъ оцѣнивать и разбирать дѣйствія другого, дастъ, въ предѣлахъ своей обязанности, о комъ-либо порицательный отзывъ. Мнѣніе, что судебная рѣчь не пользуется въ нашемъ правѣ привилегіей служебно-профессіональной дѣятельности, основано, съ одной стороны, на неправильномъ пониманіи рѣшенія уголовнаго кассац. департамента правит. сената по дѣлу Дорна (1892 г. за № 10), а, съ другой, на игнорированіи прямого закона. Устанавливая въ этомъ рѣшеніи недопустимость того, чтобы „судебное состязаніе обратилось въ средство безнаказаннаго, подъ покровомъ законовъ, учиненія такихъ посягательствъ на честь и доброе имя другихъ, которыя воспрещены подъ страхомъ наказанія", прав. сенатъ, въ дальнѣйшемъ изложеніи, признаетъ за судебной рѣчью публично-правовое значеніе, со всѣми вытекающими изъ этого послѣдствіями. „Въ особенности",—предостерегаетъ правит. сенатъ,— „получаютъ значеніе при оцѣнкѣ добросовѣстности обвиняемаго цѣль и условія оглашенія въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиненіе въ оклеветаніи падаетъ на лицо, сообщившее извѣстныя обстоятельства, при исполненіи возложенныхъ на него общественныхъ и государственныхъ обязанностей, какъ, напр., при высказываніи членами общественныхъ или сословныхъ собраній ихъ мнѣній о лицахъ, предполагаемыхъ къ занятію какихъ-либо должностей въ этихъ собраніяхъ, при избраніи агентовъ и уполномоченныхъ этихъ учрежденій и т. д., или же при обвиненіи, или отвергая таковое, поддерживая какой-либо искъ, или оспаривая его правильность, стороны далеко не всегда могутъ основываться на фактахъ, вполнѣ и безусловно достовѣрныхъ; онѣ по необходимости иногда переходятъ въ область предположеній о томъ, какъ происходило извѣстное событіе, что предшествовало извѣстному обстоятельству или сопровождало его и т. д.; даже имѣя въ своемъ распоряженіи достовѣрныя, но неполныя данныя, онѣ нерѣдко бываютъ вынуждены пополнить ихъ догадками, сопоставленіями, болѣе или менѣе вѣроятными, но не имѣющими характера непререкаемой истины. Устраненіе для нихъ возможности подкрѣплять свои вы-

воды предположительными данными нерѣдко было бы равносильно лишенію ихъ средствъ исполнять возложенныя на нихъ обязанности".

Врядъ ли можетъ быть сомнѣніе, что опредѣляемыя въ этомъ рѣшеніи условія наказуемости за судебную рѣчь лишь при установленіи преступныхъ намѣренія и цѣли находятся въ прямомъ противорѣчіи со всею сенатской практикою по дѣламъ о клеветѣ.

Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній (1885 г. за № 33; 1886 г. за № 42 и др.) сенатъ отвергаетъ значеніе намѣренія и цѣли въ преступленіяхъ клеветы, считая совершенно достаточнымъ для примѣненія отвѣтственности отсутствіе у обвиняемаго надлежащихъ объективныхъ оправданій. Очевидно, колебанія вслѣдствіе новизны вопроса объ отвѣтственности за судебную рѣчь поставили сенатъ въ противорѣчіе не только съ этими общими началами, но и съ отдѣльными частями одного и того же рѣшенія. Такова побѣдная сила юридической логики: расплата за посягательство на нее наступаетъ очень быстро. То же велѣніе неотвратимой логики вложило въ уста дававшаго по этому дѣлу оберъ-прокурорское заключеніе Н. В. Муравьева слѣдующія характерныя слова: „Рѣчь, произнесенную на судѣ, въ судебной борьбѣ съ противникомъ на основаніи данныхъ судоговоренія, отнюдь нельзя трактовать внѣ этой обстановки и условій судебнаго спора, среди которыхъ она была сказана"... „На судѣ, и уголовномъ, и гражданскомъ, одной сторонѣ часто приходится выступать противъ другой или противъ заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ. Такимъ является для прис. повѣр. Дорна и генералъ Шанявскій въ дѣлѣ Шестовой съ различными обвиненіями и разоблаченіями болѣе или менѣе укорительнаго и компрометирующаго свойства, но вовсе не для оскорбленія, а для отстаиванія своихъ правъ и интересовъ. Такой характеръ имѣетъ сплошь и дѣятельность частнаго обвинителя, гражданскаго истца, доказывающаго виновность со всѣми ея косвенными подкрѣпляющими обстоятельствами, истца или отвѣтчика въ гражданскомъ дѣлѣ, доказывающихъ, напримѣръ, незаконность неблаговидной сдѣлки по ст. 1529 или недобросовѣстность владѣнія по ст. 610 ч. I, X т. зак. гражд., а также положеніе всякого, вообще, лица, домогающагося возбужденія противъ другого уголовнаго преслѣдованія".

Казалось бы, такая точка зрѣнія на возбужденный вопросъ обязывала къ логическому выводу о признаніи возбужденнаго противъ прис. пов. Дорна преслѣдованія подлежащимъ прекращенію.

Но сенатъ предпочелъ передачу дѣла для новаго разсмотрѣнія, преподавъ, однако, такія указанія, при которыхъ никакого иного приговора, кромѣ оправдательнаго, послѣдовать, конечно, не могло. Однако, черезъ нѣсколько лѣтъ это именно дѣло обусловило включеніе въ законъ среди причинъ, уничтожающихъ отвѣтственность за разглашеніе обстоятельствъ, позорящихъ честь,—*„интересы исполняемой обязанности“*. Законъ этотъ — ст. 537 угол. улож. Въ мотивахъ къ нему прямо указывается, что „таковы, напр., случаи оклеветанія присяжнымъ повѣреннымъ на судоговореніи,—какъ разъяснилъ правит. сенатъ по дѣлу Дорна“.

Итакъ, мы видимъ, что коллизіи даже между такими цѣнными и чувствительными интересами, какъ честь и достоинство частныхъ лицъ—съ одной стороны, и исполненіе служебнаго или профессіональнаго долга — съ другой, разрѣшаются нашимъ законодательствомъ въ пользу послѣдняго. Если такъ, то представитель служебнаго или профессіональнаго долга тѣмъ менѣе долженъ опасаться полнаго и энергичнаго проявленія своихъ функцій въ той области, гдѣ могутъ быть задѣты исключительно публичные интересы. И какъ ни пугливо въ оцѣнкѣ государственныхъ преступленій созданное при строго абсолютическомъ режимѣ уголовное уложеніе, но здѣсь и оно проводитъ то же начало. Въ этомъ отношеніи достаточно указать на мотивы ст. ст. 129 и 133 угол. уложенія.

Первая изъ этихъ статей, какъ видно изъ мотивовъ, исключаетъ отвѣтственность тѣхъ, кто совершилъ оглашеніе преступнаго сочиненія въ цѣляхъ и интересахъ надлежащаго исполненія лежащихъ на нихъ обязанностей, а вторая прямо устанавливаетъ безотвѣтственность защиты.

Комиссія по составленію угол. улож. нашла, что „условіемъ для примѣненія въ этомъ отношеніи кары является не одно одобреніе или оправданіе, а именно восхваленіе, такъ какъ одобреніе или оправданіе въ смыслѣ подысканія объясненія причинъ, вызвавшихъ преступленіе, и притомъ, все равно,—лежащихъ ли въ личности виновнаго или въ условіяхъ и обстановкѣ, среди которыхъ онъ дѣйствовалъ,—не можетъ вызывать уголовную кару. Не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, когда оправданіе, въ смыслѣ объясненія дѣянія, является для учинившаго таковое обязательнымъ въ силу самаго же закона, какъ, напр., для защитника подсудимаго въ публично произнесенной защитительной рѣчи,—мы не можемъ отказать въ такомъ же правѣ писателю-художнику, сдѣлавшему какой-либо преступный фактъ матеріаломъ психологическаго из-

ученія личности преступника или общественныхъ пороковъ и неустройствъ, и потому въ своемъ произведеніи давшему оправдательное объясненіе преступному факту".

Если защитнику, по признанію законодательной комиссіи, принадлежитъ безусловное право не только оправданія, но и одобренія самаго преступленія, то нарушеніе имъ ст. 129 угол. улож. невозможно по самому существу предусматриваемаго ею преступленія. Предметомъ этого карательнаго закона является не дерзостное или оскорбительное выраженіе, произнесеніе котораго трудно предотвратить самому внимательному предсѣдателю судебнаго присутствія, а изложеніе мыслей, соображеній и чувствъ, возбуждающихъ къ совершенію государственнаго преступленія той или иной категоріи. Во власти суда всегда достаточно средствъ къ устраненію изъ рѣчей сторонъ тѣхъ или иныхъ разсужденій, имѣющихъ своею цѣлью выраженіе неуваженія къ закону. Ст. 149 учрежд. суд. уст. и 611 ст. уст. угол. суд. возлагаетъ на предсѣдательствующаго обязанность наблюдать за сохраненіемъ благочинія въ засѣданіи судебнаго мѣста и порядка, установленнаго для слушанія и рѣшенія дѣлъ. Для успѣшнаго выполненія этой обязанности законъ облекаетъ предсѣдательствующаго распорядительною и карательною властью какъ относительно лицъ, находящихся въ залѣ засѣданія въ качествѣ публики, такъ и относительно участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ и ихъ повѣренныхъ, при чемъ этимъ послѣднимъ за нарушеніе правилъ благопристойности, порядка и тишины можетъ быть сдѣлано предсѣдателемъ предостереженіе или выговоръ, съ предвареніемъ, что въ случаѣ повторенія сего виновный будетъ удаленъ изъ присутствія и дѣло рѣшится безъ его словесныхъ объясненій. Затѣмъ, при повтореніи такихъ нарушеній, виновный можетъ быть удаленъ изъ присутствія (ст. 154 и 157 учр. суд. уст.).

Я предвижу возраженіе: какъ быть съ случаями политическаго хулиганства? Какъ быть, если адвокатъ неожиданно употребитъ въ своей рѣчи преступный возгласъ, какъ, напримѣръ, — „долой самодержавіе" и т. п. Я утверждаю, что такіе возгласы ничего общаго съ дѣяніями, ст. 129 предусмотрѣнными, не имѣютъ. Въ этомъ отношеніи достаточно сослаться на журналъ совѣщанія старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ, состоявшагося подъ предсѣдательствомъ министра юстиціи по вопросамъ, возникшимъ на практикѣ по примѣненію закона 7 іюня 1904 г о судопроизводствѣ по государственнымъ преступленіямъ.

Однимъ изъ членовъ совѣщанія былъ поставленъ вопросъ о томъ,—подъ какой карательный законъ должны быть подводимы отдѣльные революціонные возгласы — вродѣ упомянутаго „долой самодержавіе". Совѣщаніе нашло, что они могутъ быть квалифицируемы лишь по ст. 38 мирового устава.

Но при слушаніи дѣлъ политическихъ въ рукахъ суда есть еще одно мощное средство, устраняющее самую возможность нарушенія сторонами 129 ст. уг. улож. Въ отличіе отъ произведеній письма и печати, въ примѣненіи къ которымъ наказуемо не только покушеніе на распространеніе, но даже самое, съ этой цѣлью, составленіе такого произведенія (ст. 132), изустная пропаганда подлежитъ преслѣдованію лишь при условіи публичности. Случаи наказуемости непубличной пропаганды точно указаны въ ст. 130: это—пропаганда среди войска, рабочаго, сельскаго населенія и среди невѣжественныхъ лицъ.

Такимъ образомъ, произнесеніе на судѣ зажигательной, призывающей къ возстанію рѣчи, при закрытыхъ, однако, дверяхъ не даетъ права признавать ее даже законопротивной. Однако, публичность или непубличность засѣданія,—т.-е. то условіе, которое уничтожаетъ самую возможность возбужденія вопроса о нарушеніи ст. 129 угол. улож.,—зависятъ, въ виду ст. 1054 и 620—624 уст. угол. суд., исключительно отъ усмотрѣнія суда.

При такой обширности средствъ для воспрепятствованія малѣйшей попыткѣ къ нарушенію ст. 129 угол. улож. признавать за кѣмъ-нибудь другимъ, кромѣ суда, право контроля за дѣятельностью сторонъ—значитъ обнаруживать недопустимое недовѣріе къ тому органу власти, которому ввѣрены честь, свобода и даже самая жизнь гражданъ. И лишь въ томъ случаѣ, когда будетъ установлена наличность преступнаго соглашенія судебнаго присутствія съ нарушившимъ законъ адвокатомъ, можетъ возникнуть уголовная отвѣтственность, совмѣстно съ ними, и послѣдняго.

Такое же воззрѣніе на значеніе дискреціонной власти предсѣдателя, которому единственно принадлежитъ надзоръ за дѣятельностью сторонъ на судѣ, обнаружено въ 1906 году и высшей правительственной властью, признавшей незаконнымъ взысканіе, наложенное тамбовскимъ губернаторомъ Муратовымъ на присяжнаго повѣреннаго Шатова за судебную рѣчь.

Было, такимъ образомъ, подтверждено, что право контроля надъ судебной рѣчью принадлежитъ только предсѣдателю, и попытки приравненія ея ко всякой иной публичной рѣчи недопустимы.

Самое выполненіе суда надъ судебною рѣчью безъ знанія всѣхъ деталей обусловившаго ее дѣла представляетъ большую трудность. Вѣдь, производя судъ надъ произнесенной прис. повѣр. А. И. Гиллерсономъ въ защиту потерпѣвшихъ по бѣлостокскому погрому рѣчью, судьи не знали главнѣйшаго, безъ чего немыслимъ справедливый судъ,—ни правды фактовъ, раскрытыхъ на томъ судѣ, ни чувствъ, пережитыхъ участниками того процесса. Обрывки мыслей, осколки фразъ, невѣрно понятыхъ или извращенныхъ,—вотъ все, что дошло изъ рѣчи защитника интересовъ гражданскихъ истцовъ по бѣлостокскому дѣлу. А въ ней, въ этой рѣчи,—важная полоса изъ пережитаго и выстраданнаго защитникомъ, быть можетъ, самая мучительная полоса. Эта рѣчь зародилась въ сумрачномъ залѣ судебнаго засѣданія, гдѣ въ теченіе двухъ недѣль, изо дня въ день, развертывалась штрихъ за штрихомъ картина звѣрской злобы однихъ, просвѣщенной жестокости — другихъ и безчувственнаго равнодушія многихъ,—къ несчастью, очень многихъ. Она росла подъ показаніями свидѣтелей о томъ, какъ подожгли лѣсопильный заводъ и какъ спасавшихся отъ пламени и дыма людей встрѣчали выстрѣлами. Она созрѣвала подъ отчаяніемъ матери, повѣдавшей суду, какъ на ея глазахъ убили сначала сына, а затѣмъ заставили навѣки замолчать рыдавшую надъ его трупомъ дочь. Она окрѣпла въ чувствѣ негодованія, когда А. И. Гиллерсонъ убѣдился, что люди власти, люди закона стремились отобрать у убитыхъ, у разгромленныхъ то, чего не пытались взять даже громилы: ихъ честь.

Въ эти дни,—дни бѣлостокскаго процесса,—разсѣяно не мало молодыхъ вѣрованій, отлетѣло, одно за другимъ, много мечтаній былыхъ дней и не у однихъ только защитниковъ потерпѣвшихъ. Дѣтямъ великаго народа, народа-владыки, занимающаго одно изъ первыхъ мѣстъ на міровой аренѣ, незнакомы чувства интеллигенціи народовъ разбитыхъ, народовъ, подавленныхъ трагизмомъ исторіи. Теперь не время говорить о нихъ. Скажу лишь: бѣлостокская рѣзня, какъ и другія организованныя массовыя истребленія еврейства, прошли не напрасно для его интеллигенціи. Брызги крови, неповинно пролитой крови, пали на ея чуткую душу и зажгли ее болью и отчаяніемъ. И надо ли удивляться, что въ неизъяснимой мукѣ этой борьбы у отчаявшихся рождается мысль, что у людей, лишенныхъ всѣхъ человѣческихъ правъ, остается одно только право: право умереть достойно. Какъ велика должна быть сила этого отчаянія, если молодая жизнь ищетъ утѣшенія въ словахъ поэта-мыслителя: трусъ умираетъ много разъ, храбрый—только одинъ.

Нельзя же требовать отъ потерпѣвшаго въ кровномъ и дорогомъ для него дѣлѣ разсчитанности отдѣльныхъ словъ и скрупулезной взвѣшенности выраженій. Нельзя же всегда свѣрять біеніе взволнованнаго мятущагося сердца съ размѣреннымъ ходомъ прокурорскаго хронометра. Бываютъ минуты, когда не забыться—значило бы забыть свое достоинство человѣка. Но врядъ ли можетъ быть сомнѣніе, что открывающаяся эра гоненія противъ свободы судебнаго слова является актомъ политическаго устрашенія.

Вотъ уже 6 лѣтъ, какъ русская адвокатура введена въ отправленіе суда по политическимъ дѣламъ. Тяжелые, мучительные годы. Съ крайнимъ напряженіемъ силъ, съ забвеніемъ собственныхъ интересовъ товарищи наши въ разныхъ концахъ огромной страны служили свою, быть можетъ, невидную, но великую службу,—службу защиты личности противъ натиска на нее государства, противъ ошибокъ и несправедливостей обвиненія. Половину этой работы приходилось совершать въ чуждыхъ намъ дотолѣ военныхъ судахъ, очень часто при закрытыхъ дверяхъ, безъ бодрящей поддержки близкихъ и дорогихъ: холодныя стѣны — и ты одинъ съ кліентомъ среди равнодушныхъ и чужихъ. Адвокатура сознавала, что сметающая одно за другимъ всѣ свободныя учрежденія реакція не пощадитъ и ея. Она чувствовала, что на нее, словно на воздушный колоколъ, опущенный на дно моря, давятъ отовсюду враждебныя волны: одна трещина — и все погибло. Но она не страшилась, сознавая свою правоту передъ велѣніемъ совѣсти и долга. Прекрасное утѣшеніе, но слабое огражденіе! Неужели эти волны захлеснутъ и ее, одну изъ немногихъ силъ, беззавѣтно служащихъ обществу?

Но пока этого не случилось, вы, люди науки и практики, должны заявить обществу, что ему грозитъ бѣда. Политическая защита должна быть свободна или ея не должно быть вовсе! Въ судахъ не нужно гробовъ новапленныхъ, снаружи украшенныхъ, но наполненныхъ костями мертвыми.

Какъ ни суровъ приговоръ по дѣлу Гиллерсона, онъ русской адвокатуры—я твердо вѣрю—не запугаетъ. Куда бы историческія судьбы ни забросили ея членовъ — въ реакціонный ли застѣнокъ или революціонный трибуналъ,—всюду они отдадутъ своимъ подзащитнымъ всѣ помыслы, всю силу души, — и въ этой всепоглощающей работѣ не найдется ни минуты для малодушнаго страха за себя.

По окончаніи доклада, покрытаго продолжительными аплодисментами многочисленной, переполнившей залъ публики, *предсѣдатель В. Д. Набоковъ*, въ видахъ сконцентрированія преній на общихъ и основныхъ вопросахъ, затронутыхъ въ докладѣ, предложилъ желающимъ участвовать въ преніяхъ придерживаться по возможности слѣдующей схемы:

1) Признаетъ ли наше законодательство полную судебную безотвѣтственность адвоката за произнесенную имъ на судѣ рѣчь?

2) Если такого иммунитета адвоката въ нашемъ законодательствѣ не существуетъ, то не выдѣляетъ ли наше законодательство судебную рѣчь изъ другихъ формъ публичнаго слова въ смыслѣ спеціальнаго огражденія ея какими-либо особыми условіями отвѣтственности за нее адвоката?

3) Если такой принципъ привилегированной отвѣтственности адвоката существуетъ въ нашемъ законодательствѣ, то требуетъ ли оно, далѣе, наличности извѣстныхъ формальныхъ условій для возбужденія преслѣдованія противъ адвоката? И, наконецъ,

4) если ни одно изъ приведенныхъ положеній не находитъ себѣ опоры въ дѣйствующемъ законодательствѣ, то не вытекаетъ ли то или иное изъ нихъ изъ самой сущности, природы и задачъ судебной рѣчи?

М. М. Боровитиновъ, выступившій первымъ оппонентомъ, высказываетъ прежде всего свое одобреніе предложенной предсѣдателемъ схемѣ, находя данную имъ юридическую конструкцію совершенно правильной и необходимой для послѣдовательнаго и цѣлесообразнаго направленія преній въ предѣлахъ общихъ и основныхъ вопросовъ. Затѣмъ, считая излишнимъ останавливаться на первомъ вопросѣ, въ виду несомнѣннаго отсутствія у насъ адвокатскаго иммунитета (что признается и докладчикомъ), оппонентъ переходитъ къ вопросу о существованіи у насъ особой, привилегированной отвѣтственности за судебную рѣчь. Что судебная рѣчь вообще можетъ, въ отношеніи нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній, пользоваться на практикѣ большей или меньшей привилегіей, — насколько послѣдняя вытекаетъ непосредственно изъ обязанностей, налагаемыхъ закономъ на защитника,—представляется безспорнымъ, и докладчикъ едва ли не напрасно удѣлилъ въ своемъ блестящемъ докладѣ столько вниманія доказательству этого очевиднаго положенія. Такъ, въ частности, конечно, правильно указаніе докладчика относи-

тельно 133 ст. уг. ул. Что же касается 44-й ст. того же уложенія, то тутъ слѣдуетъ итти даже дальше докладчика и признать, что въ виду наличности въ данномъ случаѣ коллизіи двухъ обязанностей — общей и спеціальной — здѣсь не только отпадаетъ наказуемость, но устраняется и самая противоправность дѣяній, иначе говоря — послѣднее становится вполнѣ правомѣрнымъ и свободнымъ отъ всякой уголовной „неправды“. Если спросить себя, однако, какія это будутъ дѣянія, въ отношеніи которыхъ адвокатъ занимаетъ особую привилегированную позицію, то придется признать, что у насъ нѣтъ рѣшительно никакихъ данныхъ для общаго принципіальнаго рѣшенія этого вопроса, и что, слѣдовательно, наличность такой привилегіи отнюдь не даетъ основаній къ устраненію самой возможности привлеченія адвоката къ отвѣтственности за то или иное его дѣяніе, совершенное посредствомъ слова, иначе говоря — вопросъ этотъ долженъ разрѣшаться практически въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Но тутъ возникаетъ дальнѣйшій вопросъ— о томъ, не должна ли отвѣтственность адвоката быть обусловлена извѣстными формальными условіями, какъ то: замѣчаніемъ со стороны предсѣдателя, занесеніемъ въ протоколъ и пр. Докладчикъ отстаиваетъ, повидимому, эту мысль, опираясь главнымъ образомъ на ст. 611 уст. уг. суд., именно основываясь на томъ, что по смыслу этой статьи никакая другая власть недопустима рядомъ съ властью предсѣдателя и что лишь ему одному предоставлено рѣшать вопросъ о квалификаціи выраженій и словъ защитника. Несомнѣнно, правильно то, что власть предсѣдателя въ судебномъ засѣданіи исключаетъ проявленіе какой бы то ни было другой власти, опа—полицейско-дискреціоннаго характера. Спрашивается, однако: что если органы власти не выполнили или не могли выполнить (и такіе случаи возможны) возложенныхъ на нихъ закономъ обязанностей,—превращается ли отъ этого дѣяніе неправомѣрное и наказуемое въ правомѣрное и непаказуемое? Съ этимъ, очевидно, нельзя согласиться и такой выводъ изъ ст. 611 былъ бы, конечно, явно неправильнымъ. Что же касается случаевъ невыполненія предсѣдателемъ обязанностей, возложенныхъ на него ст. 611 уст. уг. суд., то, не говоря о возможномъ (по крайней мѣрѣ — въ теоріи) случаѣ соглашенія защитника съ предсѣдателемъ, можно, въ видѣ примѣровъ, указать еще на слѣдующіе случаи:

1) предсѣдатель просто не разслышалъ словъ защитника (наприм., тихій голосъ и т. п.), и лишь впослѣдствіи могло быть возстановлено сказанное;

2) самая преступность рѣчи, вслѣдствіе ея аллегорическаго характера и т. п., обнаружилась лишь впослѣдствіи,

и 3) преступный элементъ заключается во лжи, которая по существу нерѣдко можетъ быть обнаружена лишь впослѣдствіи.

Итакъ, въ виду возможности (хотя бы въ теоріи) такихъ случаевъ, можно ли обусловить наказуемость преступнаго дѣянія адвоката наличностью замѣчанія со стороны предсѣдателя — замѣчанія, иногда фактически невозможнаго? — Очевидно, для этого не представляется достаточныхъ основаній. Что же касается вопроса о томъ, какому суду слѣдуетъ предоставить разсмотрѣніе такихъ дѣлъ: тому же суду, передъ которымъ произнесена была адвокатомъ инкриминируемая ему рѣчь, или другому суду, — то болѣе правильнымъ представляется именно послѣднее, такъ какъ другой судъ вѣрнѣе и безпристрастнѣе сумѣетъ установить предѣлы необходимой связи между инкриминируемыми выраженіями адвоката и защищаемыми имъ интересами и, соотвѣтственно этому, выдѣлить элементъ преступности въ рѣчи адвоката.

М. П. Чубинскій, отмѣтивъ громадное общественное значеніе обсуждаемаго вопроса, выдвинутаго на очередь дѣломъ Гиллерсона, указываетъ на то, что настоящій случай является отнюдь не первымъ „терніемъ“ въ судьбахъ русской адвокатуры.

По судебнымъ уставамъ адвокатура явилась самоуправляющимся сословіемъ. Хотя это самоуправленіе было поставлено подъ контроль судебныхъ палатъ и подвергнуто нѣкоторымъ ограниченіямъ, но все же, какъ показалъ опытъ, она дала возможность адвокатурѣ развиться, пріобрѣсти общественное довѣріе, и ограниченія не помѣшали сословію, чтя законы и судъ, держать себя по отношенію къ послѣднему независимо и, осуществляя защиту подсудимыхъ, — это, по опредѣленію проф. Фойницкаго „истинно общественное служеніе“, — пользоваться широко свободою слова на судѣ. Но уже съ конца 70-хъ гг. пошли „новеллы“ къ судебнымъ уставамъ. „Временно“ пріостановлено было открытіе новыхъ совѣтовъ, а затѣмъ и отдѣленій, при чемъ съ этимъ временнымъ поло-

женіемъ адвокатура вступила и въ 20-й вѣкъ. Вмѣстѣ съ этимъ тамъ, гдѣ не было совѣтовъ, явилась косвенная зависимость адвокатуры отъ суда, которому она была подчинена по дѣламъ дисциплинарнымъ, явилось стѣсненіе свободы слова, ибо каждый безпристрастный наблюдатель нашей судебной жизни могъ и можетъ констатировать разницу между рѣчами и отношеніемъ къ суду адвокатуры тамъ, гдѣ она является самоуправляющимся сословіемъ, и тамъ, гдѣ она подчинена суду. Въ 1878 году послѣдовало новое покушеніе. Министръ юстиціи графъ Паленъ пожелалъ „для возвышенія нравственнаго уровня“ присяжной адвокатуры получить право по своему усмотрѣнію исключать изъ сословія „недостойныхъ“ присяжныхъ повѣренныхъ. Государственный Совѣтъ отвергъ это домогательство, которое отдало бы адвокатуру на полный произволъ министра юстиціи и могло бы повлечь за собою отпесеніе въ разрядъ „недостойныхъ“ всѣхъ наиболѣе яркихъ, независимыхъ и не желающихъ считаться съ текущимъ курсомъ представителей адвокатуры. Свобода адвокатуры и ея слова на судѣ пока уцѣлѣла, но Дамокловъ мечъ оставался занесеннымъ надъ адвокатурой,—ибо она окончательно попала въ разрядъ институтовъ „опасныхъ и подозрительныхъ“.

Дальнѣйшую попытку стѣснить свободу адвокатскаго слова сдѣлалъ Неклюдовъ. Въ своемъ оберъ-прокурорскомъ заключеніи по извѣстному дѣлу Мельницкихъ, возмущаясь „скандальными оправдательными приговорами присяжныхъ“, онъ приписывалъ эти приговоры злоупотребленіямъ защиты и требовалъ ея обузданія и принятія строгихъ мѣръ, которыя воспрепятствовали бы защитѣ „попирать законы морали и общественнаго строя“, превращать судебныя рѣчи въ „судебный потокъ“ и требовать, чтобы ей былъ отпущенъ ея Варрава, „распиная“ при этомъ свидѣтелей, потерпѣвшаго, обвинителей и самый законъ.

Здѣсь же въ засѣданіи послѣдовалъ энергичный отпоръ въ защиту свободы адвокатуры и ея слова на судѣ со стороны Спасовича. Отмѣтивъ, что „слово защиты еще свободно“, онъ просилъ у предсѣдателя разрѣшенія „можетъ быть, въ послѣдній разъ воспользоваться словомъ во всемъ объемѣ этой свободы“.

Свобода не исчезла, и тѣ „надрѣзы и прижиганія“, которые предлагалъ Неклюдовъ и которые, по справедливому

утвержденію Спасовича, убивая въ сущности всякую свободу защиты, ни мало не содѣйствовали бы дѣлу суда и правды,— въ жизнь не вошли.

Новое покушеніе на свободу слова адвокатуры на судѣ было сдѣлано отдѣленіемъ Сената, признавшимъ, что защитникъ не имѣетъ права добиваться оправданія сознавшагося и вмѣняемаго подсудимаго. Это рѣшеніе было встрѣчено дружнымъ протестомъ юридической печати, и департаментъ Сената отмѣнилъ его.

Итакъ, испытавъ немало невзгодъ, свободное слово адвокатуры въ доконституціонный періодъ все же уцѣлѣло.

Особенно труднымъ и щекотливымъ оказывалось всегда положеніе защиты въ политическихъ процессахъ. Извѣстно, что за нападками въ этой области дѣло не стало. Извѣстнаго рода пресса неоднократно обвиняла адвокатуру въ апологіи преступленія и въ частности политическаго убійства, въ превращеніи рѣчей въ лекціи по революціонизму, въ неуваженіи къ представителямъ власти, въ сочувствіи террору и пр. (за дѣло Засуличъ, дѣло Нечаева и многія другія).

Но мѣръ стѣсненія, внѣ предусмотрѣнныхъ закономъ остановокъ предсѣдателя, все же не примѣнялось, ибо видно было еще признаніе той простой идеи, которую неоднократно выдвигалъ въ рѣчахъ Спасовичъ, что въ политическихъ процессахъ безъ свободы, хотя бы относительной, „защита существовать не можетъ и будетъ только притворная, а слѣдовательно безполезная и унизительная". Честь иной и новой постановки вопроса принадлежитъ новому времени, времени „обновленнаго" государственнаго строя. Первымъ актомъ было оштрафованіе представителя присяжной адвокатуры тамбовскимъ губернаторомъ за рѣчь, произнесенную на судѣ. Это неслыханное вмѣшательство администраціи въ судебное дѣло, попирающее основы независимаго правосудія, и создавало такія условія, при которыхъ въ мѣстностяхъ, находящихся внѣ нормальнаго порядка управленія, т.-е. на пространствѣ большей части Россіи, адвокатура отдана была бы на полный произволъ администраціи, и пришелъ бы конецъ ея свободному слову.

Административная кара была отмѣнена, но осадокъ, вызывающій опасенія, остался. Онъ остался потому, что отмѣна послѣдовала не сразу, а лишь послѣ дружнаго протеста общей и спеціальной прессы, а самъ администраторъ не получилъ даже простого внушенія...

Приведенный историческій обзоръ положенія у насъ адвокатуры и свободы ея судебнаго слова показываетъ намъ, что при всѣхъ многочисленныхъ проявленіяхъ недовѣрія власти къ адвокатурѣ и прямыхъ попыткахъ къ ограниченію свободы адвокатскаго слова на судѣ, о преслѣдованіи адвоката за сказанное имъ на судѣ, однако, рѣчи не было. Съ дѣломъ же Гиллерсона вопросъ вступилъ въ совершенно новую фазу, ибо тутъ:

1) впервые возбуждено судебное преслѣдованіе противъ адвоката за произнесенную имъ, въ качествѣ защитника на судѣ, рѣчь, и

2) ему вынесенъ обвинительный приговоръ.

Правда, привлеченіе адвоката къ суду уже имѣло мѣсто и ранѣе—въ извѣстномъ дѣлѣ Дорна. Но тамъ обвинителемъ было частное лицо, и въ этомъ — огромное принципіальное отличіе отъ настоящаго дѣла: въ самомъ дѣлѣ — пусть частное лицо обвиняетъ, здѣсь еще нѣтъ особой опасности, ибо за такимъ лицомъ нѣтъ государственнаго авторитета; но когда преслѣдованіе адвоката становится дѣломъ публичной власти, когда заинтересованной, обвиняющей стороной выступаетъ сама государственная власть, то этимъ создается глубокая и серьезная опасность для одного изъ необходимѣйшихъ условій правосудія— для свободы и независимости защитника на судѣ, являющихся основой равноправности сторонъ въ процессѣ. Вотъ почему докладчикъ правильно подчеркнулъ въ своемъ докладѣ крупное общественное значеніе дѣла Гиллерсона; вотъ почему и вся русская адвокатура правильно увидѣла въ этомъ дѣла не частный случай, а попытку, грозящую всему сословію и свободѣ его рѣчи на судѣ.

По существу же доклада М. П. Чубинскій, соглашаясь со всѣми тезисами доклада, находитъ неправильнымъ лишь послѣдній (4-й) тезисъ: вопросъ о преступности рѣчи не можетъ зависѣть отъ факта остановки оратора предсѣдателемъ. Докладчикъ, однако, не обратилъ вниманія на возможность въ данномъ случаѣ другой, весьма существенной гарантіи адвоката, а именно: вмѣстѣ съ адвокатомъ обязательно долженъ быть привлеченъ къ отвѣтственности предсѣдатель, не исполнившій возложенной на него 611-й ст. обязанности, ибо такое неисполненіе имъ обязанности должно быть квалифицируемо или какъ умышленное соучастіе или попустительство, или же какъ преступное бездѣйствіе. Въ томъ и другомъ случаѣ предсѣдатель по справед-

ливости долженъ нести отвѣтственность вмѣстѣ съ адвокатомъ. Это явилось бы серьезной гарантіей для адвоката въ смыслѣ извѣстнаго огражденія его отъ неосновательнаго и пристрастнаго преслѣдованія за сказанную имъ на судѣ рѣчь. Далѣе, весьма важна также въ данномъ вопросѣ формальная сторона привлеченія. Послѣднее можетъ основываться лишь на протоколѣ засѣданія. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь и Сенатъ нашъ издавна стоитъ твердо на томъ положеніи, что обо всемъ, происходящемъ на судѣ, можно судить исключительно по протоколу. Далеко не безразличенъ, далѣе, и вопросъ объ иниціативѣ преслѣдованія, какъ совершенно правильно уже указалъ докладчикъ: вѣдь совершенно очевидно, что положеніе, при которомъ прокуроръ будетъ вести двоякую „запись“: „для реплики“ и „предохранительную“ — является глубоко ненормальнымъ, ибо этимъ въ корнѣ подрывается принципъ стороны въ дѣлѣ, нарушается равноправность сторонъ, не говоря уже о томъ, что здѣсь роль обвинителя переходитъ въ роль „доносителя“, такъ что трудно отдѣлить одну отъ другой. Далѣе, нельзя не видѣть, что и предсѣдатель при такихъ условіяхъ становится лицомъ „подозрительнымъ“, „не заслуживающимъ довѣрія“... Это опять-таки приводитъ насъ къ убѣжденію въ томъ, что условіемъ привлеченія къ отвѣтственности адвоката должно быть признано одновременное привлеченіе предсѣдателя суда, въ которомъ адвокатъ произнесъ инкриминируемую рѣчь. Въ заключеніе слѣдуетъ выразить сожалѣніе о томъ, что докладчикъ недостаточно рѣзко провелъ границу между точками зрѣнія de lege lata и de lege ferenda. Такъ, что касается иностранныхъ законодательствъ, то, за исключеніемъ одной Англіи, гдѣ существуетъ адвокатскій иммунитетъ, въ остальныхъ государствахъ вопросъ о свободѣ судебнаго слова зависитъ отъ практическаго толкованія, во Франціи—болѣе широкаго, а въ другихъ странахъ—менѣе широкаго. У насъ желательно бы было установить ясный законъ, при чемъ необходимо помнить, что условія произнесенія адвокатомъ рѣчи на судѣ представляютъ собою комбинацію совершенно исключительную. Особенно же въ политическомъ процессѣ необходимо считаться съ эксцессами рѣчи, ибо въ этой области защитникъ, опираясь на безспорныя, неоднократно признанныя и сенатомъ, положенія о томъ, что „совершилъ“ еще не значитъ „виновенъ“, а психологическое обоснованіе еще не есть „восхваленіе“,—

нерѣдко легко можетъ впасть въ эксцессы и преувеличенія. Это и должно быть съ особой тщательностью учтено законодателемъ.

Ѳ. А. Волькенштейнъ возражаетъ М. М. Боровитинову, указывая на то, что высказанные послѣднимъ принципы и положенія совершенно не считаются съ природой и условіями уголовнаго процесса. Такъ, представляется, прежде всего, непонятнымъ, какъ можно говорить о совершеніи адвокатомъ преступнаго дѣянія по 129 или иной статьѣ при помощи „аллегоріи“, смыслъ которой, въ моментъ ея произнесенія, не былъ доступенъ даже предсѣдателю. Вѣдь и сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу о стихотвореніи „Поль Марп“ разъяснилъ, что нельзя привлекать за оскорбленіе Величества, совершенное посредствомъ „аллегорій“, ребусовъ и т. п. способовъ, недоступныхъ широкому и непосредственному пониманію. Несравненно важнѣе, впрочемъ, общій, принципіальный вопросъ: допустимо ли вообще то умаленіе престижа суда, то колебаніе довѣрія къ нему, которыя неизбѣжно явятся результатомъ привлеченія къ судебной отвѣтственности адвоката за произнесенную имъ на судѣ рѣчь? И въ этомъ пунктѣ заключается центръ тяжести всего вопроса объ отвѣтственности за судебную рѣчь; ибо, очевидно, что если предсѣдатели и члены суда не нашли ничего преступнаго въ рѣчи адвоката, то при привлеченіи адвоката къ отвѣтственности неизбѣжна коллизія между ними и свидѣтелями обвиненія: предсѣдатель или члены суда будутъ говорить: „Нѣтъ, онъ этого не говорилъ“, а кто-то „въ сѣромъ пальто“ будетъ утверждать противоположное. Стоитъ лишь представить себѣ такую картину, чтобы понять, что судъ, какъ таковой, въ опасности, что ему при такихъ условіяхъ угрожаетъ потеря престижа, авторитета и необходимаго довѣрія общества.

Дѣло тутъ, слѣдовательно, не въ интересахъ адвокатуры и даже не въ интересахъ подсудимаго, ввѣряющаго свою защиту адвокату, — тутъ подрывается самый принципъ суда, основа его существованія. Такова принципіальная сторона вопроса. Что же касается собственно адвокатуры, то мнѣніе М. М. Боровитинова, что „другой судъ“ въ состояніи вѣрнѣе и безпристрастнѣе разобраться въ выраженіяхъ и истинныхъ намѣреніяхъ адвоката, свидѣтельствуетъ опять-таки о глубокомъ игнорированіи природы уголовнаго процесса. Уголовный

процессъ есть своеобразное драматическое дѣйствіе, въ которомъ одно изъ дѣйствующихъ лицъ—адвокатъ—находится въ рабской зависимости отъ другого—подсудимаго, и въ этомъ—глубокое отличіе адвоката отъ всякаго другого публичнаго оратора.

Эти совершенно исключительныя условія заставляютъ адвоката нерѣдко произносить такія рѣчи и выраженія, которыя, будучи вырваны изъ обстановки и контекста, несомнѣнно заключаютъ въ себѣ преступные элементы. И если задаться цѣлью найти такія преступныя мѣста въ рѣчахъ защитниковъ, то можно сказать: „была бы лишь охота и стараніе, — тутъ даже и умѣнія не нужно".

Сказаннымъ опредѣляется и значеніе протокола, о которомъ тутъ говорилось, какъ о гарантіи правильности привлеченія: вѣдь протоколъ есть не болѣе, какъ отрывочная и бездушная запись, и, какъ таковая, конечно, не въ состояніи дать того истиннаго, живого представленія о происходившемъ на судѣ, какимъ обладаютъ лишь лица, участвовавшія въ этой сложной драмѣ, именуемой уголовнымъ процессомъ.

Докладчикъ *О. О. Грузенбергъ* отстаиваетъ основныя положенія своего доклада и, въ частности, по поводу предложенной М. П. Чубинскимъ поправки къ 4 тезису, заявляетъ, что не видитъ возможности привлеченія къ отвѣтственности предсѣдателя вмѣстѣ съ адвокатомъ, за исключеніемъ лишь того случая, когда между ними состоялось предварительное соглашеніе. Во всякомъ случаѣ, для адвоката составляло бы весьма слабое утѣшеніе то обстоятельство, что на скамьѣ подсудимыхъ рядомъ съ нимъ сидѣлъ бы предсѣдатель. Съ практической же точки зрѣнія такая возможность привлеченія предсѣдателя за судебную рѣчь адвоката могла бы имѣть лишь вредныя послѣдствія: предсѣдатель, опасаясь такой возможности, довелъ бы до крайности стѣсненіе свободы адвокатской рѣчи,—чѣмъ въ значительной степени парализована была бы возможность дѣйствительной защиты.

Перейдя, затѣмъ, къ вопросу о необходимости извѣстныхъ формальныхъ условій (замѣчанія со стороны предсѣдателя, занесенія въ протоколъ) для привлеченія адвоката къ отвѣтственности за произнесенную на судѣ рѣчь, докладчикъ О. О. Грузенбергъ на возраженія М. М. Боровитинова отвѣчаетъ указаніемъ на то, что даже по старому цензурному уставу устранялась возможность привлеченія къ суду за сочиненіе, пропу-

щенное цензоромъ. Это подтверждено еще въ 1906 г. сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Лаврова. Несомнѣнно, такая же роль цензора на судѣ въ отношеніи защитника должна быть признана за предсѣдателемъ, и если, поэтому, послѣдній не нашелъ въ рѣчи адвоката ничего преступнаго, то несправедливо привлекать его къ отвѣтственности. Что касается, далѣе, указанія М. М. Боровитинова на возможность пользованія со стороны адвоката преступными „аллегоріями“, то на это отвѣтилъ уже Ѳ. А. Волькенштейнъ; къ этому можно лишь еще добавить, что, по разъясненію сената (дѣло Жуковскаго по поводу стихотворенія „Поль Мари“), въ этой области рѣшающее значеніе въ смыслѣ преступности имѣетъ вообще не субъективно-допустимое предположеніе, а—объективно-неотвратимое. Остановившись, далѣе, еще на нѣкоторыхъ замѣчаніяхъ оппонентовъ, О. О. Грузенбергъ высказалъ свое убѣжденіе, что Спб. юридическое общество не должно остаться равнодушнымъ къ той громадной опасности, которая создана дѣломъ Гиллерсона, при чемъ О. О. Грузенбергъ указалъ на то, что въ юридическомъ обществѣ уже имѣлъ мѣсто случай обсужденія индивидуальнаго дѣла: этотъ прецедентъ касался дѣла Семенова, разсматривавшагося въ засѣданіи юр. общества подъ предсѣдательствомъ пынѣшняго министра юстиціи Щегловитова. Юридическое общество поэтому и должно и можетъ откликнуться на указанную опасность и сказать свое авторитетное слово.

М. П. Чубинскій, отвѣчая докладчику на замѣчанія по поводу предложенной имъ поправки къ 4-му тезису, отстаиваетъ свое предложеніе о признаніи одинаковой отвѣтственности предсѣдателя наряду съ адвокатомъ. Докладчикъ полагаетъ, что для адвоката будетъ плохимъ утѣшеніемъ, если на скамьѣ подсудимыхъ рядомъ съ нимъ очутится и предсѣдатель. Однако, во-первыхъ, „утѣшеніе“ здѣсь, несомнѣнно, имѣется, и заключается оно въ равенствѣ отвѣтственности, ибо разъ наступаетъ отвѣтственность, то она должна распространяться на всѣхъ виновныхъ безъ различія положенія; во-вторыхъ (и въ этомъ—центръ тяжести всей поправки), въ самомъ признаніи обязательности привлеченія предсѣдателя вмѣстѣ съ адвокатомъ заключалась бы дѣйствительная и серьезная гарантія противъ несправедливаго и неосновательнаго преслѣдованія адвоката за его судебную рѣчь. Что же касается указанія докладчика на то, что такое признаніе отвѣтственности предсѣдателя имѣло бы

своимъ послѣдствіемъ крайнее стѣсненіе защиты самимъ предсѣдателемъ, то опасеніе это едва ли имѣетъ реальныя практическія основанія, ибо самое привлеченіе при такихъ условіяхъ практически, конечно, мыслимо лишь въ крайне рѣдкихъ, исключительныхъ случаяхъ.

М. М. Боровитиновъ въ краткой репликѣ, въ свою очередь, возражаетъ на нѣкоторыя замѣчанія докладчика и оппонентовъ по поводу высказанныхъ имъ положеній. Въ частности, по поводу указаній на фантастичность и невозможность совершенія преступленія словомъ въ формѣ аллегоріи и т. п., оппонентъ, въ видѣ примѣра, указываетъ на кощунство, которое несомнѣнно можетъ быть совершено въ столь замаскированной и трудно распознаваемой формѣ, что обнаруженіе его иногда возможно лишь впослѣдствіи.

Затѣмъ, послѣ краткихъ замѣчаній докладчика на приведенныя реплики оппонентовъ, *предсѣдатель В. Д. Набоковъ*, въ своемъ заключительномъ словѣ, указалъ, прежде всего, на то, что основная мысль доклада, — доказать существованіе у насъ особой привилегіи адвокатовъ въ отношеніи привлеченія ихъ къ отвѣтственности за судебную рѣчь, — покоится, повидимому, на неправильномъ убѣжденіи, будто необходимо опереться на дѣйствующій законъ для подтвержденія того или иного отношенія къ отвѣтственности адвоката за судебную рѣчь. Въ дѣйствительности, однако, вовсе не нужно искать въ законѣ такихъ подтвержденій, а слѣдуетъ, напротивъ, отдѣлить принципіальный вопросъ о справедливости и цѣлесообразности признанія безотвѣтственности или же особой привилегіи судебной рѣчи адвоката отъ догматическаго толкованія нашего дѣйствующаго законодательства въ этой области. Къ сожалѣнію, благодаря указанной тенденціи доклада, докладчикъ впалъ и въ нѣкоторое противорѣчіе съ собой: съ одной стороны, докладчикъ отстаиваетъ необходимость извѣстныхъ формальныхъ условій (замѣчаніе со стороны предсѣдателя, занесеніе въ протоколъ и пр.) для привлеченія адвоката, а, съ другой стороны, онъ признаетъ возможность такого привлеченія въ случаѣ наличности предварительнаго соглашенія между защитникомъ и предсѣдателемъ. Очевидно, однако, что эти два положенія практически несовмѣстимы, ибо при существованіи предварительнаго соглашенія, упомянутыя формальныя условія (замѣчаніе предсѣдателя, занесеніе въ протоколъ) какъ разъ и будутъ

отсутствовать. Слѣдуетъ, далѣе, замѣтить, что ст. 44 угол. ул., на которую ссылается докладчикъ, въ дѣйствительности не выдѣляетъ адвоката изъ другихъ категорій лицъ, находящихся на „государственной или общественной службѣ“, а устанавливаетъ вообще для этихъ лицъ извѣстную презумпцію добросовѣстности. Наконецъ, вообще нельзя преувеличивать, въ данномъ случаѣ, значенія того или иного рѣшенія вопроса въ законодательномъ порядкѣ, а слѣдуетъ помнить, что никакія законодательныя нормы не могутъ оградить правъ даннаго лица, если судъ примѣняетъ эти нормы пристрастно и несправедливо. Во всякомъ случаѣ, вопросъ объ отвѣтственности адвоката за произнесенную имъ на судѣ рѣчь можетъ и долженъ подвергнуться объективному обсужденію, какъ въ свое время спокойно обсуждалось дѣло Дорна. И если стать именно на такую вполнѣ объективную точку зрѣнія, то нельзя не видѣть, что примѣненіе къ судебнымъ рѣчамъ адвокатовъ ст. 129-ой угол. ул. представляется совершенно неправильнымъ и заключаетъ въ себѣ явную угрозу законнымъ и справедливымъ интересамъ защиты. Въ этомъ смыслѣ и состоялась въ январѣ текущаго года резолюція московскаго съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ. Къ этой же резолюціи могло бы присоединиться и Спб. юридическое общество.

Затѣмъ засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

3 декабря 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 8 1/2 час. вечера подъ предсѣдательствомъ проф. *А. А. Жижиленко.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *В. Д. Набокова: „Дуэль и уголовный законъ“.*

Обращаясь къ изложенію своего доклада, *В. Д. Набоковъ* сообщилъ слѣдующее:

I.

Мнѣ приходится начать съ оговорки: я отнюдь не собираюсь говорить о томъ поединкѣ, который возбудилъ живѣйшее общественное вниманіе и былъ предметомъ весьма многихъ сужденій

въ періодической прессѣ. Не собираюсь касаться его потому, во-первыхъ, что оцѣнка этого случая, по моему, сдѣлана достаточная и вполнѣ исчерпывающая въ такихъ статьяхъ, какъ кн. Трубецкого и К. К. Арсеньева въ „Русскихъ Вѣдомостяхъ". Къ тому, что они сказали, прибавлять нечего, да я и не собираюсь прибавлять. Вмѣстѣ съ тѣмъ, я просилъ бы не думать, что тѣ выводы и соображенія, къ которымъ я прихожу, основаны на этомъ спеціальномъ случаѣ. Отнюдь нѣтъ; я считаю, что въ области вопроса о поединкѣ, также, какъ и во многихъ другихъ, было бы въ высшей степени опасно исходить изъ отдѣльныхъ случаевъ и на основаніи особенностей такого отдѣльнаго случая, быть можетъ—отталкивающихъ, быть можетъ—постыдныхъ или смѣшныхъ, строить какія-либо теоріи. Если я этого касаюсь, то только потому, что дѣйствительно тотъ случай, который имѣлъ мѣсто, явился поводомъ къ моей работѣ, поводомъ постольку, поскольку нѣкоторыя лица, затронутыя этимъ дѣломъ, обратились ко мнѣ, какъ криминалисту, съ просьбой освѣтить вопросъ съ точки зрѣнія криминалиста и представить тѣ соображенія, которыя можетъ представить криминалистъ въ смыслѣ устраненія этого зла и борьбы съ нимъ. Я долженъ сказать, что вообще криминалистъ является въ такихъ случаяхъ въ положеніи хирурга, къ которому прибѣгаютъ тогда, когда приходится дѣйствовать оперативнымъ путемъ. Но хирургъ-криминалистъ обладаетъ орудіями весьма грубыми, весьма несовершенными. Уголовный законъ это есть въ концѣ концовъ послѣднее прибѣжище, послѣднее средство въ рукахъ государства, когда какое-либо зло не поддается лѣченію болѣе простому и вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе радикальному, потому что наказаніе, какъ извѣстно, по отношенію къ разнымъ преступнымъ дѣяніямъ, и въ особенности къ дуэлямъ, безсильно вліять на причины, порождающія преступленія. Поэтому прежде всего слѣдуетъ поставить вопросъ о томъ, не имѣется ли иныхъ средствъ борьбы съ дуэлью, разъ мы признали ее зломъ. Нужно сказать, что именно въ вопросѣ о дуэли средства криминалистовъ оказываются уже до извѣстной степени заранѣе скомпрометтированными, потому что историческій опытъ показываетъ намъ цѣлый рядъ случаевъ, когда обращались къ уголовнымъ наказаніямъ, и при драконовской строгости этихъ средствъ и наказаній противъ дуэли законодатель оказывался совершенно несостоятельнымъ въ борьбѣ. Мѣры воздѣйствія, которыя онъ пытался сочинить и примѣнить, оказываются совершенно не достигающими цѣли. Я говорю, что этотъ опытъ былъ уже продѣланъ, и во вся-

комъ случаѣ намъ достаточно сослаться на 2—3 примѣра. Прежде всего на примѣръ Франціи.

Какъ извѣстно, во Франціи, еще начиная съ XVI в., потомъ въ XVII вѣкѣ и позже, начиная съ Генриха II и кончая Людовикомъ XVI, цѣлый рядъ королей издавалъ эдикты весьма суровые, весьма строгіе, грозившіе дуэлянтамъ смертной казнью, конфискаціей всего имущества и лишеніемъ христіанскаго погребенія для лицъ, пострадавшихъ на дуэли. Мало того: не разъ въ виду того, что именно въ этихъ случаяхъ чаще всего обращались къ королевской прерогативѣ помилованія и просили милости, въ виду того, что этой прерогативой злоупотребляли, короли нерѣдко давали торжественное обѣщаніе, декларацію въ томъ смыслѣ, что они даютъ клятву никогда не миловать лицъ, виновныхъ въ дуэли. Въ 1679 г. былъ изданъ такой эдиктъ съ торжественной клятвой короля не миловать дуэлянтовъ, и, однако, въ 1723 году королю пришлось подтвердить свою клятву и вновь заявить, что въ случаѣ дуэли онъ миловать не будетъ и обращеніе къ нему безполезно. Такъ было вплоть до Людовика XVI-го. Затѣмъ, когда наступила великая революція и смела всѣ сословныя перегородки и когда оказалось, что искусственное представленіе, возникшее въ эпоху феодаловъ, о point d'honneur, особомъ благородствѣ, особой чувствительности чести высшаго сословія,—что все это сметено, когда Маратъ въ своемъ „Plan de législation criminelle“ доказывалъ, что дуэль есть абсурдъ и въ высшей степени преступная вещь, и что, конечно, свободный французскій народъ съ этимъ предразсудкомъ разстанется,—послѣ всего этого, однако, случилось то, что какъ только началась политическая жизнь во Франціи, какъ только появились представительныя учрежденія, дуэли не только не прекратились, не только не уничтожились, но пошли вглубь и вширь. Та демократическая нивеллировка, которая въ это время произошла, привела къ тому, что биться на дуэли стала не только аристократія, не только маркизы и военные, но и простые люди и члены законодательнаго собранія. Современники указываютъ на то, что нравы, господствовавшіе въ представительныхъ собраніяхъ того времени, были таковы, что постоянно подавали поводъ къ дуэлямъ — ругань, брань висѣли въ воздухѣ. Можетъ быть, тогда и не было случаевъ, чтобы отдѣльные члены законодательнаго собранія обращались къ цѣлой группѣ своихъ товарищей, называя ихъ „хамами“ или заявляя, что они до нихъ „не доплевываютъ“ или черезъ нихъ „переплевываютъ“, но во

всякомъ случаѣ бывало, что на почвѣ политическихъ несогласій между роялистами и республиканцами возникали стычки, кончавшіяся дуэлями. Мы видимъ, что въ 1790 году, 13 ноября, депутація отъ парижскаго corps municipal, во главѣ съ извѣстнымъ Bailly, является въ Assemblée nationale и заявляетъ о томъ, что случаи дуэлей участились, что требуется законъ, который „могущественно напомнилъ бы гражданамъ о правилахъ морали и охранилъ бы ихъ навсегда отъ внушеній чувствъ, несовмѣстимыхъ съ характеромъ свободнаго и справедливаго народа". Въ нѣсколько вычурномъ и высокопарномъ тонѣ, это то же „уймите драчуновъ", съ которымъ обращаются въ настоящее время къ предсѣдателю 3-ей Государственной Думы. И когда явилась эта депутація, и вопросъ былъ поднятъ, то былъ данъ отвѣтъ, что, само собой разумѣется, уголовное законодательство сумѣетъ положить преграду этимъ неистовствамъ. Однако, мы видимъ, что первый французскій кодексъ 1791 г. и другой 1810 г. о дуэли молчатъ, и это молчаніе оказалось роковымъ, потому что впослѣдствіи, когда сталъ возникать вопросъ о томъ, какъ въ самомъ дѣлѣ относиться къ дуэли—разсматривать ли дуэль, какъ преступленіе, и если разсматривать, то на основаніи какихъ законовъ карать,—то мнѣнія критиковъ рѣзко раздѣлились. Съ 1819 г. вплоть до 1837 г. французская практика держалась того мнѣнія, что законодатель, не упоминая о дуэли въ кодексѣ 1810 г., тѣмъ самымъ призналъ ее ненаказуемой, и доказывала это тѣмъ, что такъ какъ до того времени существовалъ цѣлый рядъ законодательныхъ велѣній, то молчаніе кодекса служитъ доказательствомъ измѣненія взгляда законодателя. Лишь съ 1837 г., когда выступилъ противъ этой точки зрѣнія извѣстный прокуроръ Дюпенъ и сталъ доказывать, что, наоборотъ, молчаніе кодекса показываетъ, что кодексъ смотритъ на дуэль такъ же, какъ и на всякое другое убійство или нанесеніе ранъ и поврежденій, и доказалъ это съ необычайнымъ подъемомъ краснорѣчія и убѣжденностью,—мнѣніе это измѣнилось, и съ 1837 г. точка зрѣнія французской судебной практики приравниваетъ убійство на дуэли или нанесеніе ранъ и поврежденій на дуэли къ обыкновенному убійству и нанесенію ранъ.

Такимъ образомъ, оказывается, что съ точки зрѣнія французскаго законодательства дуэль обложена необыкновенно сильными наказаніями. Достаточно сказать, что, дуэль, напримѣръ, съ условіемъ биться на смерть и дуэль, окончившаяся смертью, должны

разсматриваться, какъ предумышленное убійство и караться смертной казнью. Затѣмъ дуэли другого вида, кончающіяся, напримѣръ, тяжкими поврежденіями, обложены весьма строгими наказаніями, разсчитанными на обыкновенное умышленное нанесеніе ранъ или увѣчій. Между тѣмъ, мы видимъ, что нѣтъ страны, въ которой бы дуэль процвѣтала такъ, какъ во Франціи, мы видимъ, что судебному преслѣдованію подвергаются весьма рѣдкіе, немногочисленные случаи, и мы имѣемъ еще тотъ несомнѣнный абсурдъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда судебному преслѣдованію подвергаются дуэлянты, поединокъ которыхъ окончился ничтожными поврежденіями, дѣла о нихъ разсматриваются въ судахъ исправительной полиціи и они приговариваются къ наказанію, а въ тѣхъ случаяхъ, когда дуэль оканчивается смертью, дѣло поступаетъ на разсмотрѣніе суда присяжныхъ, которые почти всегда оправдываютъ. Такимъ образомъ, примѣръ Франціи показываетъ условность уголовныхъ репрессій, онъ показываетъ, что считать такую репрессію панацеей противъ дуэли—есть праздная мечта.

То же самое въ Германіи, гдѣ цѣлый рядъ эдиктовъ, Duellmandat'овъ, самымъ строгимъ образомъ относится къ дуэли. Извѣстный бранденбургскій эдиктъ 1668 г. назначаетъ за дуэль смертную казнь, трупъ убитаго долженъ быть оттащенъ въ безчестное мѣсто. Вмѣстѣ съ тѣмъ, тутъ впервые германскій законодатель проводитъ ту мысль, что строгая наказуемость за дуэль должна сопровождаться суровой наказуемостью за личную обиду, и тотъ же бранденбургскій эдиктъ 1668 года, который назначаетъ такое наказаніе за дуэль, назначаетъ за нанесеніе обиды лишеніе свободы на 15—20 лѣтъ и испрошеніе на колѣняхъ прощенія у обиженнаго со стороны обидчика. Но и здѣсь мы видимъ, что это нисколько не отражается на количествѣ дуэлей, и хотя дуэли въ Германіи никогда не свирѣпствовали съ такой силой, какъ во Франціи, тѣмъ не менѣе уголовное законодательство было совершенно безсильно съ ними справиться, потому что и здѣсь, какъ во Франціи, обыкновенно приговоры не приводились въ исполненіе, и имѣло мѣсто помилованіе. Въ Германіи собственно эта точка зрѣнія господствовала вплоть до 1827 г. и нашла себѣ выраженіе, между прочимъ, въ такъ называемомъ „Allgemeines Landrecht", проектѣ общаго земскаго права, который предполагалъ основать государственный сословный судъ чести и ввести суровыя наказанія за дуэль, при чемъ предположеніе о государственныхъ сословныхъ судахъ чести отпало, и остались только суровыя нака-

занія за поединокъ. Наконецъ, дѣйствующее законодательство уже отказалось отъ этого взгляда и смотритъ на дуэль, какъ на особый проступокъ, облагаемый по общимъ правиламъ наказаніями, характера не безчестящаго.

Но зачѣмъ намъ обращаться къ Франціи и Германіи, когда мы имѣемъ нашъ собственный русскій опытъ? Вѣдь и мы пережили эту эпоху чрезвычайно суроваго отношенія къ поединкамъ и драконовскихъ наказаній дуэлянтовъ. Первый законодательный памятникъ „Патентъ о поединкахъ и начинаніи ссоръ“ петровской эпохи 26 апрѣля 1716 г., заимствованный изъ Голландіи, назначаетъ за вызовъ объявленіе негодяемъ, лишеніе чиновъ, денежный штрафъ, конфискацію. Не только дуэлянты,—прислуга, завѣдомо передавшая такъ называемую „вызывательную цыдулу“, подвергалась шпицрутенамъ. За бой какъ живые, такъ и мертвые подвергаются повѣшенію, при чемъ мертвые вѣшаются за ноги, и, можетъ быть, немногимъ извѣстно, что при разсмотрѣніи въ 1837 г. дѣла о дуэли Пушкина съ Дантесомъ военная комиссія, разсматривавшая дѣло, между прочимъ, имѣла въ виду и это постановленіе о томъ, что убитый на дуэли долженъ быть повѣшенъ за ноги, но, къ счастью для нашей исторіи, это правило такъ и осталось въ данномъ случаѣ мертвой буквой. Въ воинскомъ уставѣ (артикулѣ) ст. 139 за вызовъ на дуэль и принятіе его назначаетъ—„смертную казнь, хотя бы оба нераненные отъ сего отойдутъ“; секунданты и прикосновенные подвергаются тѣмъ же наказаніямъ. Такъ продолжается въ теченіе всего XVII вѣка. Въ концѣ XVII в. манифестъ о поединкахъ 1787 года отказывается уже отъ этой драконовской строгости, но устанавливаетъ общія правила, что „за раны, увѣчья и убійства, бывшія послѣдствіемъ поединковъ, виновные отвѣчаютъ, какъ за умышленное причиненіе таковыхъ“. За выходъ и вызовъ наказаніе „яко ослушниковъ закона“ и уплата безчестія судьѣ, „судъ коего онъ, т.-е. дуэлянтъ, презрѣлъ“. Тутъ появляется мысль, что дуэль есть по существу преступленіе противъ судебной власти государства, такъ какъ въ этомъ выражается извѣстное презрѣніе къ суду, и потому послѣдствія дуэли должны разсматриваться на общемъ основаніи. Эти правила манифеста дѣйствовали включительно до изданія свода законовъ. Они были перенесены въ изданіе 1832 г. и въ воинскій уставъ 1839 г., и только съ изданіемъ уложенія 1845 г. установлена была совершенно новая точка зрѣнія, которой мнѣ придется коснуться.

II.

Изъ этого изложенія явствуетъ, что, съ одной стороны, драконовская строгость законодательства обыкновенно остается на бумагѣ. Въ большинствѣ случаевъ наступаетъ помилованіе. Уже въ силу того эти законодательныя постановленія, эта строгость не могли дѣйствовать превентивно, что дуэлянты разсчитываютъ, что наказаніе не будетъ приведено въ исполненіе. Но этого мало. Надо замѣтить, что, можетъ быть, въ извѣстныхъ случаяхъ такая угроза и не можетъ дѣйствовать превентивно, потому что непосредственное ея дѣйствіе заключается въ томъ, что только увеличивается рискъ дуэли. Человѣкъ, который выходитъ на поединокъ, доказывая, что онъ не только рискуетъ своей жизнью и здоровьемъ, но еще подвергается суровой угрозѣ уголовнаго закона, какъ бы является вдвойнѣ героемъ, ибо онъ рискуетъ во всякомъ случаѣ,—и въ томъ случаѣ, если остается живымъ. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія усиленіе наказанія роли играть не можетъ, поскольку оно является единственнымъ средствомъ и поскольку всѣ тѣ факторы, отъ которыхъ зависитъ дуэль, остаются нетронутыми.

Слѣдуетъ ли изъ этого, что уголовный законодатель долженъ провозгласить свое non possumus и отказаться отъ какой бы то ни было попытки путемъ уголовнаго закона воздѣйствовать на дуэль. Мнѣ кажется, если отвѣтить на этотъ вопросъ отрицательно, то такъ же отрицательно придется высказаться по отношенію къ цѣлому ряду аналогичныхъ случаевъ, гдѣ законодатель наказываетъ, а преступныя дѣянія совершаются, и число ихъ растетъ. Этого еще недостаточно, чтобы отрицательно относиться къ роли уголовнаго законодателя. Мнѣ кажется, это указываетъ только на то обстоятельство, что нужно искать и другихъ средствъ, обратиться и къ другимъ формамъ борьбы, чтобы дѣйствительно достигнуть цѣли. Но въ примѣненіи къ дуэли мы прежде всего встрѣчаемся съ точкой зрѣнія ея ретивыхъ защитниковъ, убѣжденныхъ сторонниковъ, даже апологетовъ, и не слѣдуетъ думать, что это точка зрѣнія только какихъ-нибудь „драчуновъ“. Мы находимъ людей, въ высокой культурности и гуманныхъ чувствахъ которыхъ сомнѣваться нельзя, но которые, тѣмъ не менѣе, подходятъ съ извѣстной точки зрѣнія къ дуэли и относятся къ ней иной разъ одобрительно, иной разъ снисходительно. Я назову

вамъ Спасовича. Правда, взглядъ Спасовича былъ высказанъ въ защитительной рѣчи въ защиту Утина, убившаго на дуэли Жохова, и несомнѣнно защитникъ имѣлъ въ данномъ случаѣ дѣло съ довольно благодарной темой. Я не вхожу въ особенности этого случая, но надо констатировать, что послѣ того, какъ Утинъ выстрѣлилъ и Жоховъ упалъ мертвымъ,—и Утинъ упалъ въ обморокъ. Такое поведеніе побѣдителя „кодексомъ Дурасова" не предусмотрѣно,—тотъ, кто убилъ на дуэли, долженъ имѣть сознаніе выполненнаго долга. Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ Утинъ былъ страдающимъ лицомъ, и защитникъ его—Спасовичъ—могъ эту сторону развернуть передъ судомъ. Но затѣмъ Спасовичъ сталъ на очень благодарную для защитника дуэли почву, заявляя, что „обычай поединка является среди цивилизаціи символомъ того, что человѣкъ можетъ и долженъ въ извѣстныхъ случаяхъ *жертвовать* самымъ дорогимъ для него благомъ—своею жизнью—за вещи, которыя съ матеріалистической точки зрѣнія не имѣютъ значенія и смысла—за вѣру, родину, за честь; вотъ почему этимъ обычаемъ нельзя поступаться". То же самое говоритъ извѣстный французскій ученый Тардъ. Хотя онъ, вообще, отрицательно относится къ дуэли, но говоритъ, что дуэль имѣетъ и имѣла свою красоту; „дуэль есть свидѣтельство, что не стоитъ жить цѣной стыда, или даже тѣни стыда". Но, наконецъ, мы имѣемъ даже каррикатуру этихъ взглядовъ, извѣстный учебникъ Лохвицкаго, который говоритъ о дуэли, что „дуэль, какъ предразсудокъ, имѣетъ за собою великое начало—чувство чести, личной неприкосновенности и достоинства. При всѣхъ недостаткахъ и кровавыхъ послѣдствіяхъ этого условнаго чувства чести (point d'honneur), оно имѣетъ и великія достоинства. Оно даетъ человѣку нравственную силу, оно возвышаетъ его. Это чувство и его необходимое послѣдствіе—дуэль—могущественно содѣйствовали цивилизаціи" (!). Я думаю, что въ послѣднихъ словахъ заключается нѣкоторый приговоръ этому мнѣнію, потому что, если ваше разсужденіе приводитъ васъ къ тому, что дуэль содѣйствовала цивилизаціи, то, очевидно, что-то хромаетъ въ этой логикѣ. Далѣе онъ пишетъ: „Говорятъ, что этотъ point d'honneur, эта условная честь есть не болѣе, какъ идолъ. Онъ требуетъ въ сущности только: пожалуй, дѣлай подлости, но стрѣляйся съ тѣмъ, кто назоветъ тебя подлецомъ. Но если бы и было такъ, то и такое чувство нельзя назвать не заслуживающимъ вниманія. Все-таки у такого человѣка есть нѣчто, вслѣдствіе чего онъ станетъ сво-

бодно къ барьеру". Я думаю, что у такого человѣка дѣйствительно есть нѣчто—мѣдный лобъ. Затѣмъ—„кто рискуетъ своей жизнью, слѣдуя, положимъ, глупому предразсудку, тотъ все-таки показываетъ, что онъ не трусъ, что онъ не задумается принести жизнь въ жертву отечеству въ случаѣ надобности". Такимъ образомъ, оказывается, что дуэль, и это довольно распространенное мнѣніе, способствуетъ развитію мужества, въ частности въ арміи. Одинъ человѣкъ, который въ компетенціи по вопросамъ военнымъ не уступалъ Лохвицкому,—Наполеонъ—держался совершенно иного мнѣнія и говорилъ „хорошій дуэлистъ—скверный солдатъ" („Bon duelliste—mauvais soldat"). „Дуэль, говоритъ Наполеонъ, есть часто храбрость тѣхъ, кто ею не обладаетъ"—„и я никогда не разсчитывалъ на дуэлянта для какого-нибудь акта героизма".

Я думаю, что намъ въ Россіи говорить о дуэли, какъ орудіи цивилизаціи, было бы нѣсколько непристойно. Мы не должны забывать, что въ Россіи дуэль стоила намъ Пушкина. Я думаю, что убійцы Лермонтова и Лассаля врядъ ли могутъ претендовать на званіе піонеровъ цивилизаціи. Но если мы возьмемъ точку зрѣнія Спасовича и Тарда, мы увидимъ, что они идеализируютъ дуэль. Спасовичъ говоритъ о дуэли, точно это есть своего рода самопожертвованіе—„я выхожу на дуэль, чтобы жертвовать жизнью". Да развѣ это есть обычный видъ дуэли? Вѣдь рѣдко выходятъ съ намѣреніемъ, чтобы его застрѣлили,—обыкновенно выходятъ съ другимъ намѣреніемъ. Чаще всего играетъ роль чувство мести, которое побуждаетъ человѣка выступить на поединокъ. Но главное, конечно, не въ этомъ. Мнѣ могутъ возразить, что бываютъ другіе случаи. Но вѣдь Спасовичъ и другіе защитники дуэли отправляются отъ той точки зрѣнія, что дуэль, вообще, можетъ возстановить честь. Отсюда выводъ, что, во-первыхъ, честь моя можетъ пострадать отъ образа дѣйствій другого человѣка, и затѣмъ, что, въ сущности говоря, всякій самый гнусный негодяй только потому, что онъ вызоветъ на дуэль и убьетъ противника или выдержитъ выстрѣлъ, тѣмъ самымъ получаетъ патентъ на благородство и незапятнанность чести. Вѣдь если дуэль есть способъ возвращенія чести, то дѣйствительно нѣтъ предѣловъ, за которыми ее можно потерять навсегда, и каждый можетъ прибѣгнуть въ такомъ случаѣ къ этому средству для возстановленія замаранной чести.

Я полагаю, однако, что огромное большинство общества не раздѣляетъ этой точки зрѣнія, и въ тѣхъ случаяхъ, когда дрался человѣкъ завѣдомо безчестный, завѣдомо негодный, общество къ

нему не измѣняетъ отношенія, хотя бы ему и удалось убить противника на дуэли. Такимъ образомъ, фактически дуэль, конечно, не является возстановленіемъ чести. Дуэль есть въ лучшемъ случаѣ доказательство личнаго мужества. Но здѣсь я долженъ оговориться: дѣйствительно я считаю, что изъ двухъ—Наполеона и Лохвицкаго—Наполеонъ былъ правъ совершенно. Иное дѣло то мужество, которое нужно на войнѣ, совершенно другое мужество человѣка, идущаго въ бой съ извѣстной идеей, которая его воодушевляетъ, фанатизируетъ, когда у него нѣтъ личной вражды или мести. Оно имѣетъ мало общаго съ мужествомъ человѣка, который долженъ выйти на дуэль, подвергнуться этому церемоніалу и доказать, въ сущности говоря, что онъ обладаетъ крѣпкими нервами. Извѣстенъ превосходный разсказъ Гюи-де-Мопассана, когда человѣкъ, оскорбившій другого, вызвалъ его на дуэль, и затѣмъ проводитъ безсонную ночь, страдаетъ ужасно, потому что предчувствуетъ, что его нервы не выдержатъ, что онъ не въ состояніи выстоять передъ пистолетомъ противника, и хотя все его существо возстаетъ противъ этого „малодушія“, онъ не можетъ справиться съ своей физіологіей, своими нервами, онъ предвидитъ позоръ, который его ждетъ, если онъ упадетъ въ обморокъ, и, наконецъ, онъ не выдерживаетъ и застрѣливается. Готовность пожертвовать жизнью его не покинула, но готовности выйти на дуэль ему не хватило.

Говорятъ, что дуэль дисциплинируетъ нравы, что если не будетъ дуэли, люди будутъ другъ друга безпрепятственно оскорблять, третировать, и установятся самыя невозможныя общественныя отношенія. Въ данномъ случаѣ надо сказать, что если бы и было такъ, то дуэль была бы гораздо болѣе распространеннымъ средствомъ, чѣмъ она является на самомъ дѣлѣ, и я думаю, что нельзя высказать болѣе тяжелаго обвиненія общественной совѣсти и общественнымъ взглядамъ, какъ утверждая, что единственно дуэль держитъ современныхъ людей въ уздѣ и является для нихъ острасткой, когда они оказываются опасными для другихъ. Мы можемъ сослаться и на примѣръ Англіи, гдѣ дуэль выведена изъ употребленія, и гдѣ общественные нравы отъ этого не страдаютъ.

Наконецъ, приходится встрѣчаться съ самымъ труднымъ возраженіемъ. Говорятъ: хорошо это въ теоріи, а когда дѣло дойдетъ до практики, то вы, и не признавая дуэли, пойдете драться. Это было высказано Базаровымъ („Отцы и дѣти“), когда Кирсановъ вызвалъ его. Онъ говорилъ: съ моей точки зрѣнія теоре-

тически это нелѣпость, но практически это другое дѣло. Отрицая дуэль, онъ пошелъ на нее. Но не только Базаровъ, есть цѣлый рядъ примѣровъ людей, которые самымъ яростнымъ образомъ возставали противъ дуэли, а потомъ дрались. Густавъ Адольфъ самъ издалъ эдиктъ противъ дуэли, но когда ему случилось нанести оскорбленіе одному изъ своихъ генераловъ, который выѣхалъ за предѣлы Швеціи, король послѣдовалъ за нимъ и, заявивъ: „здѣсь я больше не король“,—предложилъ ему поединокъ. Затѣмъ существуетъ извѣстное сочиненіе генерала Перроне де Сенъ Мартино, которое заключаетъ въ себѣ цѣлый памфлетъ и рядъ возраженій противъ дуэли, а въ предисловіи авторъ заявляетъ,—что если кто на основаніи этой книги заподозритъ его въ трусости, тому онъ предлагаетъ немедленно драться съ нимъ на дуэли. Далѣе, представляя аргументъ ad hominem, говорятъ: „ну, а если съ вами случится то или другое, какъ вы поступите? неужели вы перенесете оскорбленіе, не вызовете на дуэль или не примете вызова?“ Вѣдь въ сущности, когда говорятъ, что дуэль есть нелѣпость, но бываютъ случаи, когда она вполнѣ умѣстна и допустима, то этотъ аргументъ, какъ замѣтилъ, между прочимъ, Тардъ, напоминаетъ мнѣнія римскихъ писателей Плутарха и Цицерона объ ауспиціяхъ, о гаданіяхъ посредствомъ священныхъ куръ, когда они доказывали, что хотя сами по себѣ эти гаданія вздоръ, но бываютъ случаи, когда куры прекрасно предсказываютъ. То же и относительно дуэли: само по себѣ, говорятъ, это нелѣпость, но бываютъ случаи... Вѣдь если бываютъ такіе случаи, то вѣдь бываютъ случаи, когда люди убиваютъ другъ друга подъ вліяніемъ извѣстной обстановки, и я не знаю, многіе ли могутъ поручиться, что никогда не будутъ поставлены въ такое положеніе, когда у нихъ можетъ подняться рука на преступленіе. Но что изъ этого слѣдуетъ,—развѣ можно изъ этого дѣлать общіе выводы? Вѣдь мы говоримъ въ данную минуту объ общей точкѣ зрѣнія, устанавливая ее, и съ этой точки зрѣнія эти отдѣльные случаи никакого значенія не имѣютъ. Я лично думаю, что тѣ, кто такъ говоритъ, обнаруживаютъ извѣстную робость передъ общественнымъ мнѣніемъ, и я съ этой точки зрѣнія нахожу, что разъ человѣкъ вполнѣ признаетъ и исповѣдуетъ извѣстное убѣжденіе, а затѣмъ сознательно въ нарушеніе его поступаетъ противоположнымъ образомъ, ради общественнаго предразсудка, то, въ сущности, онъ этимъ доказываетъ наличность тѣхъ свойствъ, которыя онъ больше всего хочетъ скрыть,—именно

извѣстную робость и трусость передъ общественнымъ мнѣніемъ. Затѣмъ надо еще замѣтить, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ дуэли происходятъ изъ-за пустяковъ. Случаи, которые дѣйствительно относятся къ разряду тѣхъ, о которыхъ я только-что упомянулъ, это исключительно рѣдкіе случаи, и я думаю, что они такъ же часто разрѣшаются убійствомъ, какъ и дуэлью.

Я скажу больше. Обычное возраженіе говоритъ: какъ долженъ поступить человѣкъ, у котораго какой-нибудь негодяй обольстилъ дочь или сестру, или нагло оскорбилъ ихъ или мать, или жену? Что ему остается сдѣлать? Но неужели не очевидно, что именно въ этихъ случаяхъ дуэль—самый безсмысленный, самый невозможный способъ рѣшенія? Развѣ обольщенной или оскорбленной легче будетъ оттого, что близкій ея будетъ убитъ—что всегда возможно? Развѣ виновникъ обольщенія или оскорбленія, выйдя на дуэль, перестаетъ быть негодяемъ? Спросятъ: какое же другое рѣшеніе, что же дѣлать? На это можно отвѣтить только одно: пока общество само не умѣетъ правильно реагировать на подобные случаи, ничего не будетъ удивительнаго, если они будутъ разрѣшаться убійствомъ, самоубійствомъ,—даже дуэлью... Здѣсь, стало быть, передъ нами только частное приложеніе общей задачи — борьбы противъ нелѣпыхъ предразсудковъ, во имя здравыхъ и цѣлесообразныхъ понятій и отношеній.

Но, повторяю, въ огромномъ большинствѣ случаевъ дуэли—тамъ, гдѣ этотъ обычай дѣйствительно существуетъ,—происходятъ на политической почвѣ или на почвѣ газетныхъ столкновеній, и въ странѣ, гдѣ дуэли больше всего распространены,—во Франціи, пышно процвѣтаютъ парламентскія дуэли. Парламентскія дуэли почти никогда не имѣютъ тѣхъ признаковъ, о которыхъ говорятъ, указывая на необходимость защиты личной чести и достоинства. Здѣсь происходитъ сведеніе политическихъ счетовъ посредствомъ дуэли, и этимъ, въ сущности, дается возможность совершать безнаказанно или почти безнаказанно политическія убійства, пріобрѣтая еще, быть можетъ, ореолъ героя. Также и „журнальныя“ дуэли: во Франціи съ 1880 г. по 1889 г. имѣли мѣсто 535 дуэлей, изъ которыхъ 363 были дуэли журналистовъ, duels pour la galerie, когда люди обмѣниваются выстрѣлами безъ результата, и секунданты торжественно заявляютъ, что честь удовлетворена. Вотъ по отношенію къ этимъ дуэлямъ, конечно, приведенныя возраженія отпадаютъ. Затѣмъ въ Россіи—если мы возьмемъ, напри-

мѣръ, извѣстный сборникъ Любавскаго, въ которомъ собранъ цѣлый рядъ процессовъ о дуэляхъ—мы будемъ поражены, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, ничтожностью тѣхъ поводовъ, которые приводили къ дуэлямъ самымъ кровавымъ и кончившимся самымъ печальнымъ образомъ. Такъ что, повторяю, въ этомъ отношеніи аргументація, ссылающаяся на отдѣльные случаи, даже съ точки зрѣнія этихъ отдѣльныхъ случаевъ, является недостаточно убѣдительной.

Но мало того, что надо возражать противъ положительныхъ сторонъ дуэли,—вѣдь всякій понимаетъ, что дуэль имѣетъ и очевидныя отрицательныя стороны. Дуэль есть глорификація насилія, потому что побѣждаетъ тотъ, что оказывается сильнѣе, ловчѣе, привычнѣе къ огнестрѣльному оружію.

Признавая дуэль, мы отдаемъ преимущество такого рода качествамъ, которыя въ современномъ обществѣ не являются мѣриломъ человѣческаго достоинства. Конечно, можно сказать, что дуэль это есть своего рода судъ Божій, но вѣдь въ настоящее время все-таки всего болѣе распространенъ тотъ взглядъ, выраженный крылатымъ словомъ, что богъ битвы всегда бываетъ на сторонѣ тѣхъ, у кого лучшая пушка. То же самое можно сказать и о дуэли. Конечно, намъ трудно представить себѣ въ современномъ обществѣ какого-нибудь Лоэнгрина или Тельрамунда, исходъ борьбы которыхъ опредѣляетъ нравственную правоту. Дуэль, какъ Божій судъ, въ настоящее время есть нѣчто совершенно невообразимое и устарѣлое.

Наконецъ, дуэль имѣетъ еще и ту дурную сторону, что она прямо развиваетъ бреттерство. Тамъ, гдѣ процвѣтаетъ дуэль, появляются типы вродѣ тургеневскаго Авдѣя Лучкова, или чеховскаго Соленого, т.-е. люди, которые сильны тѣмъ, что они могутъ свою ловкость, умѣніе стрѣлять и фехтовать ставить на службу самымъ низменнымъ и грязнымъ побужденіямъ.

Если мы обратимся къ русской изящной литературѣ и ея отношенію къ дуэли, то увидимъ, что это отношеніе сплошь отрицательное. Достаточно перечитать описаніе дуэли у нашихъ лучшихъ писателей. Вездѣ можно подмѣтить одну черту—отвращеніе къ тому траги-комическому церемоніалу, которымъ обставлена дуэль; рѣзко подчеркнуты психическія страданія, которыя люди испытываютъ, идя на дуэль, и затѣмъ нелѣпость всѣхъ условностей, сопровождающихъ дуэль, нелѣпость ея результатовъ, бездоказательность ея, отталкивающая каждаго человѣка съ здоровымъ этиче-

скимъ чувствомъ. Я думаю, что въ этомъ отношеніи русская литература выражаетъ собою мнѣніе громаднаго большинства русскаго образованнаго общества. Съ этой точки зрѣнія я считаю, что вопросъ о необходимости борьбы противъ дуэли разрѣшается самъ собою, и средства для этой борьбы имѣются въ большомъ количествѣ.

Мы тутъ имѣемъ, во-первыхъ, первое и коренное средство, заключающееся въ распространеніи правильныхъ и цѣлесообразныхъ воззрѣній на дуэль. Я считаю, далѣе, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ примѣръ того лица, которое, имѣя право разсчитывать на общественное уваженіе и будучи поставлено въ такое положеніе, когда ему приходится выбирать между тѣмъ, чтобы выйти на дуэль, и тѣмъ, чтобы отказаться отъ поединка, сдѣлаетъ второе, — имѣетъ огромную показательную и доказательную силу, и является, конечно, могущественнымъ факторомъ въ борьбѣ противъ дуэли. Затѣмъ возможны, конечно, всякаго рода организованныя общества, анти-дуэльныя организаціи, которыя процвѣтаютъ въ Англіи и Германіи, гдѣ каждый изъ участниковъ даетъ обѣщаніе, что не будетъ драться на дуэли и не будетъ вызывать на дуэль. Борьба противъ дуэли поддерживается, конечно, не этимъ формальнымъ обѣщаніемъ, а тѣмъ, что давшій обѣщаніе связанъ съ цѣлымъ кругомъ людей опредѣленнымъ образомъ мыслей, и они его поддерживаютъ, такъ же, какъ онъ поддерживаетъ каждаго изъ нихъ въ такихъ случаяхъ. Наконецъ, возможны и такія средства воздѣйствія: всякаго рода организованныя общественныя единенія, напримѣръ, законодательныя собранія, общественныя организаціи, могли бы въ этомъ случаѣ высказывать опредѣленные взгляды и предъявлять къ своимъ членамъ извѣстныя требованія, и, наконецъ, имѣются средства, находящіяся прямо въ рукахъ государства. Хотя я не считаю, что между усиленіемъ наказанія за оскорбленія и отпаденіемъ дуэли имѣется такая прямая и непреложная связь, какъ думаютъ нѣкоторые, но я нахожу, что въ нашемъ законодательствѣ, какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ западно-европейскихъ, строгое отношеніе законодателя къ дѣяніямъ, оскорбительнымъ для личнаго достоинства и чести и направленнымъ къ тому, чтобы унизить другого, надругавшись надъ его личнымъ достоинствомъ,—такое отношеніе было бы дѣйствительнымъ средствомъ защиты отъ подобныхъ оскорбленій. Но въ нашемъ законодательствѣ установлены крайне ничтожныя степени наказуемости

за такой образъ дѣйствій, и совершенно непонятно, почему самое грубое, отвратительное, безчестящее оскорбленіе, нанесенное женщинѣ, наказывается несравненно мягче, чѣмъ похищеніе двугривеннаго или карманная кража. Это, конечно, неправильно, и здѣсь законодатель имѣетъ еще осуществить лежащую на немъ задачу.

Далѣе государство можетъ организовать особые суды чести, но и общество также можетъ организовать такое особое учрежденіе, какъ третейскіе суды и т. п., которое можетъ быть весьма цѣлесообразнымъ. Я сейчасъ не имѣю возможности останавливаться на подробностяхъ этой организаціи и могу отослать интересующихся этимъ вопросомъ къ статьѣ, помѣщенной въ Журналѣ Министерства Юстиціи за 1904 г. „О лейпцигской конференціи 1901 г.". На этой конференціи подробно разбирался вопросъ объ организаціи судовъ чести и былъ принятъ цѣлый рядъ проектовъ, направленныхъ въ эту сторону.

Можно ли достигнуть успѣха въ этой борьбѣ? Я думаю, достаточно указать на Англію, гдѣ дуэли съ 1844 г. совершенно исчезли. Дуэли въ Англіи случались такъ же часто, какъ и во всѣхъ другихъ странахъ, до того момента, когда въ 1843 г. произошла дуэль, которая въ сильнѣйшей степени обратила на себя общественное вниманіе: нѣкій полковникъ Фаусетъ дрался съ лейтенантомъ Монро, котораго онъ тяжко оскорбилъ. Фаусетъ былъ убитъ. Военное министерство отказало въ уплатѣ пенсіи его женѣ, такъ какъ жены самоубійцъ и дуэлянтовъ не имѣютъ права на пенсіи. Принцъ Альбертъ, супругъ королевы Викторіи, горячо отстаивалъ идею судовъ чести. Были изданы правила, карающія отставкой или наказаніемъ офицера, вызвавшаго или принявшаго вызовъ или упрекнувшаго другого въ невызовѣ или непринятіи вызова или отклонившаго разумныя предложенія примиренія. Но эти правила особаго значенія не имѣли. Гораздо большее значеніе имѣла декларація, изданная королевой Викторіей и обращенная къ военному министру Гардингу, которая говоритъ слѣдующее: „Мы одобряемъ поведеніе всѣхъ тѣхъ, кто въ случаѣ, если они имѣли несчастье нанести кому-нибудь оскорбленіе, открыто объяснятся, принесутъ извиненіе или выразятъ готовность взять обратно то, что произошло; также тѣхъ, кто въ случаѣ, если они будутъ имѣть несчастье подвергнуться оскорбленію, чистосердечно примутъ открытое объясненіе или извиненіе того, кто ихъ оскорбилъ; также тѣхъ, кто въ случаѣ отказа принять

или принести подобныя объясненія или извиненія, доложатъ о происшедшемъ командиру полка, батальона или гарнизона. Мы удостовѣряемъ передъ всѣми офицерами и солдатами, что тѣ, кто отклонятъ вызовъ или его не сдѣлаютъ, будучи готовы принять или принести извиненіе, не совершатъ ничего постыднаго и не должны считаться умаленными въ своемъ достоинствѣ: ибо, поступая такъ, они поступаютъ, какъ порядочные люди, и исполняютъ свою обязанность, какъ хорошіе солдаты, ставящіе дисциплину выше своей личности".—Ниже, когда мы упомянемъ о правилахъ 1894 г., изданныхъ у насъ, мы невольно вспомнимъ и эту декларацію королевы Викторіи, которая привела къ тому, что съ 1844 г. дуэли абсолютно вымерли въ Англіи и до настоящаго времени съ 1844 г., насколько мнѣ извѣстно, не было ни одного случая, когда бы въ Англіи кто-нибудь дрался на дуэли. Упомянемъ еще, что въ Америкѣ существуетъ правило, согласно которому, каждый, кто принимаетъ на себя общественную должность или поступаетъ на государственную службу, приноситъ присягу въ томъ, что онъ не дрался и никогда не будетъ драться на дуэли. Кстати, надо замѣтить, что такъ называемая „американская дуэль" какъ-разъ въ Америкѣ не существуетъ и совершенно тамъ неизвѣстна, такъ что извѣстный американскій писатель Уартонъ въ своей книгѣ „Объ американскомъ уголовномъ правѣ" называетъ американскую дуэль нѣмецкимъ именемъ и говоритъ, что такого „учрежденія" въ Америкѣ не существуетъ [1]).

При такой точкѣ зрѣнія, мнѣ кажется, должно отпасть то возраженіе, которое приводитъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей вопроса (Kohlrausch), что, собственно говоря, всякія мѣры, направленныя противъ дуэли, сталкиваются съ тѣмъ, что это есть вопросъ не разума, а чувства. Здѣсь имѣется своего рода credo, quia absurdum. „Я понимаю хорошо, что дуэль есть нелѣпость, но мое чувство не позволяетъ мнѣ справиться съ этимъ предразсудкомъ". Я думаю, что всѣ мѣры должны быть направлены къ тому, чтобы воздѣйствовать на это чувство, ибо оно само является результатомъ общественнаго предразсудка, съ которымъ и нужно бороться.

[1]) Въ сборникѣ кодифицированныхъ уголовныхъ законовъ, утвержденномъ 9 марта нынѣшняго года, равнымъ образомъ нѣтъ никакихъ упоминаній о дуэляхъ.

III.

Обращаюсь къ роли уголовнаго законодателя. Я на эту роль смотрю чрезвычайно скромно и думаю, что достаточно выставить чисто отрицательное положеніе. Уголовный законодатель не долженъ принимать мѣры, которыя даютъ результаты отрицательные, способствуютъ дуэли, даютъ нравственное основаніе для дуэли. Законодатель не долженъ становиться на такую точку зрѣнія, при которой защитникъ дуэли имѣетъ право сослаться на авторитетъ законодательной власти, a priori признавшей, что поединокъ дѣяніе не безчестящее, вообще — не недостойное, но свидѣтельствующее, наоборотъ, о благородствѣ его нравственной личности.

Я вскользь и въ немногихъ словахъ коснусь исторіи русскаго законодательства о поединкахъ. Оно чрезвычайно своеобразно прежде всего тѣмъ, что въ нашемъ правѣ постановленія о поединкахъ появились ранѣе самихъ поединковъ. Когда былъ изданъ патентъ 1716 г., дуэли, въ сущности, не существовали въ Россіи. Это общее мнѣніе. Возражаетъ противъ него только одинъ изслѣдователь Дружининъ, но онъ не приводитъ ни одного случая, который можно было бы назвать дуэлью. Болѣе ранніе случаи относятся не къ дуэли, а къ случаямъ „поля“, судебнаго поединка, который съ нашей дуэлью ничего общаго, кромѣ внѣшней стороны, не имѣетъ. Затѣмъ мы замѣчаемъ, что въ нашемъ законодательствѣ отсутствуетъ единая точка зрѣнія на дуэль, и это болѣе всего проявляется въ нашемъ теперешнемъ дѣйствующемъ положительномъ правѣ, въ которомъ мы наблюдаемъ совершенно недопустимое и рѣзкое противорѣчіе между двумя точками зрѣнія, изъ которыхъ исходитъ законодатель. Мы имѣемъ прежде всего „уложеніе о наказаніяхъ“, въ основу котораго положенъ взглядъ на поединокъ, какъ „delictum sui generis“. Затѣмъ составители уложенія говорятъ, что они внесли наказанія за дуэль, близкія къ употребляющимся въ военной службѣ, по преимущественному составу участниковъ дуэли. Дѣйствительно, историческія наблюденія показываютъ, что въ Россіи въ первой половинѣ XIX в. дуэли происходили почти исключительно или между военными или между лицами высшей аристократіи, и Гоголь, напримѣръ, не говорилъ ничего страннаго, когда въ „Мертвыхъ душахъ“, упоминая о гражданскихъ чиновникахъ, населявшихъ городъ, замѣчалъ,

что „дуэли, конечно, между ними не происходили, такъ какъ всѣ были гражданскіе чиновники, но зато одинъ другому старался напакостить, что, какъ извѣстно, подчасъ бываетъ тяжелѣе всякой дуэли". Затѣмъ, при опредѣленіи мѣры наказанія уложеніе отдѣляетъ вызвавшаго отъ вызваннаго, того, кто нанесъ обиду, отъ того, кто потерпѣлъ обиду,—различаетъ поединки правильные, неправильные и измѣнническіе, признаетъ ненаказуемость секундантовъ и принявшихъ вызовъ при условіи, если они употребили всѣ усилія, чтобы предотвратить дуэль, и такимъ образомъ проявляетъ въ концѣ концовъ весьма послѣдовательный взглядъ на дуэль. Съ этой точки зрѣнія, дуэль есть прежде всего дѣяніе, особо выдѣленное, и карательная санкція показываетъ, что государство на нее смотритъ, какъ на нѣчто всегда и при всѣхъ условіяхъ не позорящее, кромѣ, конечно, тѣхъ случаевъ, когда мы имѣемъ дуэль измѣнническую. Но такимъ образомъ дуэль все-таки разсматривается, какъ дѣяніе запрещенное, и уголовный законодатель устанавливаетъ даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ весьма строгія наказанія за дуэль. И что же мы видимъ? Въ 1894 г. 13 мая появляются такъ называемыя „правила о разбирательствѣ ссоръ въ офицерской средѣ", которыя выставляютъ совершенно иную точку зрѣнія, такъ что извѣстный философъ Эд. фонъ-Гартманъ могъ сказать, что „въ Россіи дуэль не имѣетъ почвы, но ее стараются искусственно насадить въ военной средѣ". Собственно, мысль этихъ правилъ заключается въ томъ, что въ извѣстной части русскихъ войскъ нѣтъ достаточно развитого понятія о чести, а въ другой есть,—и въ тѣхъ частяхъ, гдѣ его нѣтъ, надо постараться довести это понятіе о чести до того уровня, который имѣется въ другихъ привилегированныхъ частяхъ. Для этой цѣли указывается, что когда въ офицерской средѣ происходятъ ссоры, то въ каждомъ такомъ случаѣ судъ общества офицеровъ долженъ собраться и долженъ рѣшить, имѣется ли въ данномъ случаѣ ссора внѣшняя и могутъ ли поссорившіеся примириться, или это есть нѣчто такое, что можетъ быть разрѣшено только дуэлью. И если судъ общества офицеровъ признаетъ, что необходима дуэль, а между тѣмъ тѣ лица, о которыхъ идетъ рѣчь, драться не будутъ, то они подлежатъ исключенію изъ полка.

Казалось бы, при такихъ условіяхъ, когда дуэль происходитъ по повелѣнію суда общества офицеровъ, она уже должна быть ненаказуема, между тѣмъ оказывается, что тѣмъ не менѣе всѣ дѣла такого рода идутъ обычнымъ порядкомъ: производится слѣдствіе,

и тутъ установлена извѣстная оговорка—говорится, что тѣ дѣла, которымъ не считается нужнымъ давать дальнѣйшій ходъ, докладываются военнымъ министромъ государю, и могутъ быть прекращены. Но тѣ послѣдствія, которыя наступаютъ, напримѣръ, для жены убитаго (они установлены у насъ въ пенсіонномъ уставѣ ст. 32 и въ ст. 220 кн. XVIII свода военныхъ постановленій, согласно которымъ вдова офицера, убитаго на дуэли, лишается пенсіи), остаются въ силѣ, и такимъ образомъ это послѣдствіе, во всякомъ случаѣ, имѣетъ мѣсто. И въ нашей литературѣ имѣется, между прочимъ обширное интересное изслѣдованіе штабсъ-капитана Ливенсона, который доказываетъ, что если дѣлу о дуэли такого рода и будетъ данъ ходъ, и оно попадаетъ на судъ, то судъ имѣетъ возможность руководиться ст. 134 улож. о наказаніяхъ и смягчить наказаніе на томъ основаніи, что „виновный былъ вовлеченъ въ сіе преступленіе убѣжденіями, приказаніями или *дурнымъ примѣромъ* людей, имѣющихъ надъ нимъ по природѣ или по закону высшую сильную власть“. Но вѣдь дѣло въ томъ, что тутъ „дурной примѣръ“ подаютъ сами правила 1894 г., и такимъ образомъ это замѣчаніе является самой сильной ихъ критикой.

Въ нѣкоторыхъ статьяхъ, которыя появились въ печати послѣ правилъ 1894 г., былъ приведенъ рядъ случаевъ, самыхъ возмутительныхъ. Это случаи, когда лица, поссорившіяся при особыхъ условіяхъ, разгоряченныя виномъ на товарищеской пирушкѣ, на другой день являются другъ къ другу, готовы забыть все происшедшее, помириться, протянуть другъ другу руки, продолжать совмѣстно службу, а между тѣмъ посторонніе люди въ это дѣло вмѣшиваются, признавая, что въ данномъ случаѣ чести полка нанесенъ ущербъ, и происходитъ дуэль. И это вполнѣ естественно, потому что разъ законодатель, санкціонируя это правило, высказываетъ ту точку зрѣнія, что понятіе о чести доказывается отношеніемъ къ ссорамъ, и что, чѣмъ выше понятіе о чести, тѣмъ необходимѣе въ извѣстныхъ случаяхъ разрѣшать ссоры поединкомъ,—такой взглядъ, очевидно, нравственно связываетъ. Очевидно, въ каждомъ такомъ случаѣ судъ общества офицеровъ задаетъ себѣ вопросъ,—не будетъ ли приговоръ или рѣшеніе, заявляющее, что въ данномъ случаѣ нѣтъ основаній для поединка, истолковано, какъ низкое, недостаточно развитое понятіе о чести? И, стало быть, мы имѣемъ такое положеніе, что, по уложенію о наказаніяхъ, дуэль наказуема и запрещена, а по правиламъ 1894 г. она разрѣшима; но и въ томъ случаѣ, когда она разрѣшима, она остается

все-таки наказуемой по общимъ правиламъ и можетъ только имѣть мѣсто помилованіе до суда [1]). Конечно, большей нелѣпости и неоднородности въ самой основной точкѣ зрѣнія на дуэль представить себѣ нельзя.

Перехожу къ системѣ уголовнаго уложенія. По моему, она заслуживаетъ сильнѣйшаго упрека даже по сравненію съ системой уложенія о наказаніяхъ. Дѣло въ томъ, что уголовное уложеніе сохранило въ общемъ систему уложенія о наказаніяхъ: различіе между поединками правильнымъ и неправильнымъ и постановленія объ измѣнническої дуэли. Но уголовное уложеніе отказывается отъ различія оскорбителей и оскорбляемыхъ, вызвавшаго и вызваннаго; оно устраняетъ наказуемость вызова, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда вызванъ начальникъ по службѣ или должностное лицо по поводу исполненія служебныхъ обязанностей; наказуемость секундантовъ имѣетъ мѣсто только тогда, если они допустили условіе биться на смерть, при чемъ смерть или тяжкое тѣлесное поврежденіе дѣйствительно послѣдовали, или если секунданты были соучастниками измѣннического поединка. Угол. уложеніе предусматриваетъ „американскую“ дуэль (что является едва ли не академическимъ правиломъ, такъ какъ случаевъ американской дуэли, сколько мнѣ извѣстно, у насъ не было). Оно, какъ оказывается, мягче уложенія о наказаніяхъ, потому что уложеніе о наказаніяхъ за причиненіе смерти или тѣлесныя поврежденія налагаетъ мак-

---

[1]) Еще любопытнѣе слѣдующее обстоятельство. Если въ дуэли принимало участіе лицо „гражданскаго вѣдомства“—штатскій, и оба противника остались живы — примѣняется примѣч. къ ст. 1243 уст. угол. судопр. (Выс. утв. 12 мая 1897 г. мнѣніе гос. сов.), согласно которому такія дѣла могутъ быть прекращены съ Высочайшаго соизволенія на основаніи всеподданнѣйшаго доклада военнаго или морского министра, за общимъ съ министромъ юстиціи подписаніемъ. Но такъ какъ это правило касается только тѣхъ случаевъ, когда „*оба привлекаемые къ отвѣтственности* противника или одинъ изъ нихъ принадлежитъ къ лицамъ офицерскаго званія“, то оно не можетъ быть примѣнено тогда, когда на поединкѣ штатскаго съ военнымъ послѣдній будетъ убитъ, ибо въ этомъ случаѣ нѣтъ „привлекаемаго къ отвѣтственности“ противника, принадлежащаго къ офицерскому званію: нельзя „привлечь къ отвѣтственности“ убитаго. Вѣроятно, здѣсь имѣется редакціонная ошибка (оставшаяся, кстати сказать, незамѣченной особымъ присутствіемъ гос. совѣта при разсмотрѣніи проекта уголовнаго уложенія). Во всякомъ случаѣ, въ засѣданіи юридическаго общества указывалось, что дѣло объ извѣстной дуэли, на которой былъ убитъ кн. Витгенштейнъ, было направлено въ порядкѣ общемъ, а не въ порядкѣ прим. къ ст. 1243 уст. уг. суд.

симумъ заключеніе въ крѣпости до 6 лѣтъ и 8 мѣсяцевъ, а минимумъ 8 мѣсяцевъ, а уголовное уложеніе максимумъ 4 года, минимумъ 2 недѣли. При поединкѣ съ условіемъ биться на смерть, если произошла смерть или тяжкая рана,—уложеніе о наказаніяхъ отказывается отъ взгляда на поединокъ, какъ на особенное по своимъ мотивамъ преступленіе, и наказываетъ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія и ссылкой на поселеніе, а уголовное уложеніе назначаетъ крѣпость (отъ 2-хъ недѣль до 6 лѣтъ) безъ лишенія правъ. И, вообще, уголовное уложеніе отказывается отъ такъ называемой „custodia honesta", т.-е. лишенія свободы безъ правопораженій, только при поединкахъ измѣнническихъ, и при поединкахъ безъ секундантовъ, окончившихся смертью или тяжкими тѣлесными поврежденіями. Если теперь сопоставить тѣ наказанія, которыя уголовное уложеніе назначаетъ за убійство, и тѣ, которыя оно назначаетъ за лишеніе жизни на поединкѣ, то получаются совершенно невѣроятные результаты. По уголовному уложенію, за убійство (ст. 453) назначается каторга на срокъ не ниже 8 лѣтъ, за убійство на дуэли, при условіи биться на смерть, крѣпость отъ 2 недѣль до 6 лѣтъ (ст. 482). Теперь, если мы посмотримъ на законное соотношеніе этихъ наказаній, оно опредѣляется такъ: по ст. 63 уголовнаго уложенія: 6 мѣсяцевъ каторги=2 годамъ крѣпости, такимъ образомъ 1 годъ каторги=4 годамъ крѣпости и 8 лѣтъ каторги, т.-е. минимумъ за умышленное убійство, равны 32 годамъ крѣпости или 1.664 недѣлямъ, а минимумъ за лишеніе жизни на поединкѣ, если было условіе биться на смерть,—2 недѣли, такъ что такое лишеніе жизни карается въ 832 раза мягче. Если мы сравнимъ максимумъ, то будемъ имѣть 15 лѣтъ каторги по уложенію за убійство, что равняется 60 годамъ крѣпости, а за дуэль мы имѣемъ 6 лѣтъ, а если не было условія биться на смерть, то 4 года, т.-е. значитъ въ 10 или 16 разъ мягче.

Я думаю, что смягченіе, по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ, рѣшительно ничѣмъ не оправдывается, и, между прочимъ, рѣшительно никакого оправданія не можетъ быть въ томъ, что, тогда какъ уложеніе о наказаніяхъ за убійство на поединкѣ, съ условіемъ биться на смерть, подвергаетъ виновнаго ссылкѣ на поселеніе, здѣсь мы имѣемъ только крѣпость съ минимумомъ въ 2 недѣли. Я повторяю и подчеркиваю: я не хочу сказать этимъ, что наказанія являются недостаточно репрессивными,—я имѣю въ виду главнымъ образомъ нравственное значеніе такого постановленія. Законодатель въ своихъ повелѣніяхъ несомнѣнно выражаетъ нрав-

ственную оцѣнку поступка, и если законодатель a priori говоритъ, что достаточно соблюсти нѣкоторыя условія, требуется вызовъ, приглашеніе секундантовъ, затѣмъ нужно выйти къ барьеру и стрѣлять,—и тогда убійство является чѣмъ-то привилегированнымъ, совершенно независимо отъ того, какіе мотивы диктовали вашъ образъ дѣйствій и какія цѣли вы преслѣдовали (потому что ни въ какомъ законодательствѣ, какъ и въ нашемъ, мотивы сами по себѣ не упомянуты, и нигдѣ не указано, что поединокъ—это есть что-то такое, что происходитъ для отмщенія поруганной чести),—то этимъ онъ выражаетъ свое отношеніе къ такого рода убійствамъ.

Я думаю, что взглядъ, который положенъ въ основу уголовнаго уложенія, особенно ошибоченъ въ Россіи, потому что вѣдь уголовное уложеніе предназначено для всего государства, для всего населенія. Огромное большинство русскаго населенія не знаетъ, что такое дуэль, не имѣетъ о ней никакого представленія, и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ люди привилегированные дерутся на дуэли, въ огромномъ большинствѣ населенія происходитъ нѣчто совершенно другое, за что виновный подлежитъ отвѣтственности на общемъ основаніи. Такимъ образомъ, здѣсь получается чистѣйшій видъ классовой юстиціи.

Затѣмъ я думаю, что нигдѣ, какъ въ Россіи, нѣтъ того отвращенія къ церемоніалу, окружающему дуэль, ко всѣмъ приготовленіямъ, которыя съ внѣшней стороны похожи на приготовленія къ смертной казни,—заряженіе пистолетовъ, отмѣриваніе шаговъ и т. д. Мнѣ, несмотря на всѣ усилія, не удалось достать „кодекса Дурасова“; я увѣренъ, что чтеніе его доставило бы мнѣ на-ряду съ отвращеніемъ не мало веселыхъ минутъ, и я думаю, что у насъ не можетъ быть такого нелѣпо театрально-приподнятаго отношенія ко всей этой обстановкѣ, ко всѣмъ этимъ особенностямъ, какое замѣчается во Франціи, гдѣ въ кодексѣ о дуэли регулируется даже цвѣтъ перчатокъ секундантовъ, когда они являются для объясненій. Мы не можемъ серьезно къ этому относиться, мы смотримъ на это, какъ на отвратительную комедію. Секунданты почти всегда чрезвычайно тяготятся своей ролью, хотя и тутъ, конечно, находятся люди, которые съ такой же хлопотливой готовностью и дѣловитостью исполняютъ эти функціи, съ какой они устраиваютъ обѣды и заказываютъ закуску.

Въ результатѣ всего сказаннаго, я прихожу къ тому выводу, что дуэль должна разсматриваться не какъ delictum sui generis,

а должна наказываться прежде всего по своимъ результатамъ. Нужно наказывать не за поединокъ, а за причиненіе тѣхъ или другихъ поврежденій или смерти на поединкѣ.

IV.

Я долженъ сказать, что эта точка зрѣнія встрѣчаетъ довольно сильныя возраженія: указываютъ на то, что есть препятствія юридическаго характера, что въ огромномъ большинствѣ западно-европейскихъ странъ дуэль разсматривается какъ „delictum sui generis“. Я здѣсь не имѣю въ виду касаться въ подробности системъ западно-европейскихъ государствъ.

Отмѣчу лишь, что ихъ постановленія о дуэли представляются довольно разнообразными. Одинъ изъ послѣднихъ изслѣдователей вопроса (Kohlrausch) различаетъ четыре различныя системы, къ которымъ, въ сущности, сводится, это разнообразіе:

1. Совершенное неупоминаніе о дуэли. При этомъ поединокъ самъ по себѣ ненаказуемъ, — наказуемы только его послѣдствія, по общимъ основаніямъ. Это — система французская (съ 1810 г.), признанная кассаціонной практикой лишь съ 1837 г. Достойно вниманія, что ея же держится новѣйшее, образцовое во многихъ отношеніяхъ норвежское уложеніе. Она же принята и въ Японіи.

2. Смягченіе отвѣтственности за поврежденія всякаго рода (и за лишеніе жизни), въ зависимости отъ особенностей отдѣльнаго случая, съ принятіемъ во вниманіе свойства мотива, вліянія общественнаго мнѣнія, недостаточной охраны чести закономъ, состоянія какъ бы необходимой обороны, и т. п. Поединокъ *самъ по себѣ* не предусмотрѣнъ и значенія не имѣетъ. Такая система существовала въ Норвегіи съ 1842 г. до 1902 г. и осталась въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ.

3. Дуэль карается какъ del. sui generis (либо какъ нарушеніе общественнаго порядка и безопасности, либо какъ причиненіе опасности для жизни, либо какъ самоуправство), а послѣдствія ея — какъ таковыя, безъ всякихъ смягченій, т.-е. какъ убійство или тѣлесное поврежденіе. Это — самая строгая система. Она принята въ Англіи и въ большинствѣ сѣверо-американскихъ штатовъ и въ проектѣ швейцарскаго уголовнаго уложенія.

4. Дуэль разсматривается, какъ delictum sui generis, при чемъ послѣдствія квалифицируютъ деликтъ, но наказываются мягче,

чѣмъ соотвѣтствующія преступленія, — убійство или тѣлесное поврежденіе.

Это преобладающая система. Она усвоена законодательствами: Германіи (1870 г.), Австріи (1852 г.), Швеціи (1864 г.), Даніи (1867 г.), Бельгіи (1867 г.), Испаніи (1870—1876 г.), Венгріи (1878 г.), Люксенбурга (1878 г.), Голландіи (1881 г.), Португаліи (1886 г.), Финляндіи (1889 г.), Италіи (1890 г.) и Россіи (улож. о нак. 1845 г. и уголовное уложеніе 1903 г.).

Нужно, впрочемъ, замѣтить, что въ предѣлахъ этой послѣдней системы возможно большое разнообразіе какъ въ самихъ опредѣленіяхъ, такъ и въ отношеніи наказуемости. Такъ, напр., бельгійское законодательство устанавливаетъ весьма высокія (до 10.000 фр.) денежныя взысканія. Въ кодексахъ Испаніи и Португаліи, — гдѣ, повидимому, поединокъ является иногда средствомъ расплаты не съ обидчикомъ, а съ кредиторомъ,—есть оговорка, что если вызовъ послѣдовалъ въ интересахъ денежныхъ или для безнравственной цѣли, назначаются общія наказанія, и виновные лишаются права на занятіе общественныхъ должностей. Въ Италіи дуэль разсматривается, какъ форма самоуправства, противодѣйствія правосудію. При дуэли съ условіемъ биться на смерть виновный отвѣчаетъ за простое убійство или тѣлесное поврежденіе. Нужно отмѣтить, что въ 1898 г. извѣстный Энрико Ферри внесъ въ палату депутатовъ предложеніе объ отмѣнѣ всѣхъ особыхъ статей о дуэли. Наконецъ, въ Германіи, въ опредѣленіе состава дуэли внесенъ признакъ смертоноснаго (tödtlich) оружія. Практика рейхсгерихта установила, что это — признакъ объективный, такъ что сюда подходитъ оружіе (шлегеры), употребляемое при такъ называемыхъ мензурахъ—студенческихъ дуэляхъ. Однако, дѣла этого рода лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ доходятъ до суда. Германскій кодексъ строже караетъ за дуэль со смертельнымъ исходомъ, чѣмъ наше уголовное уложеніе. Если было условіе биться на смерть, по германскому уложенію полагается крѣпость отъ 3-хъ до 15-ти лѣтъ (по нашему уложенію—отъ 2-хъ недѣль до 6-ти лѣтъ) [1].

---

[1]) Уже послѣ того, какъ настоящій докладъ былъ прочитанъ, полученъ былъ новый проектъ германскаго уголовнаго уложенія, устанавливающаго новое отношеніе къ дуэли. Правда, она и здѣсь остается delictum sui generis. Но проектъ вводитъ наказаніе тюрьмой для того изъ участниковъ, который „den Zweikampf freventlich verschuldet hat“, т.-е. который своимъ преступнымъ образомъ дѣйствій вызвалъ поединокъ. Такимъ образомъ, здѣсь полу-

Каковы же препятствія юридическаго характера, которыя выдвигаются противъ признанія дуэли не какъ „delictum sui generis“, а какъ дѣянія наказуемаго по своимъ послѣдствіямъ? Они формулированы, между прочимъ, у насъ въ объяснительной запискѣ къ уголовному уложенію. Говорится, что „въ дуэли имѣется согласіе пострадавшаго, и если это не имѣетъ значенія при убійствѣ, то имѣетъ значеніе при нанесеніи легкихъ ранъ и поврежденій“. Затѣмъ указывается въ объяснительной запискѣ къ уголовному уложенію, что „поединокъ отличается отъ убійства и тѣлесныхъ поврежденій тѣмъ, что виновникъ смерти или тѣлесныхъ поврежденій самъ подвергъ себя болѣе или менѣе значительному риску“, и, наконецъ, указывается на мотивы. Мотивъ этотъ заключается въ идеѣ о томъ, что только кровью можетъ быть смыто нанесенное оскорбленіе. Конечно, „это предразсудокъ, притомъ предразсудокъ соціально вредный, но тѣмъ не менѣе законодатель не можетъ игнорировать существованіе подобнаго предразсудка“.—Однако, всѣ эти соображенія, которыя высказаны въ объяснительной запискѣ и которыхъ держится, какъ мнѣ извѣстно, въ настоящее время авторъ этой объяснительной записки, профессоръ Таганцевъ, были имъ же самимъ въ одной изъ первыхъ его работъ, въ книгѣ „О преступленіяхъ противъ жизни“, подвергнуты подробному разбору, и онъ тогда же указалъ, что ни одно изъ этихъ соображеній критики не выдерживаетъ. Согласіе пострадавшаго не имѣетъ значенія, потому что въ нашемъ законодательствѣ оно, вообще, поставлено въ чрезвычайно узкія рамки.

Мы знаемъ, что при убійствѣ согласіе пострадавшаго никакого значенія не имѣетъ, при тяжкихъ поврежденіяхъ и увѣчьяхъ его значеніе спорно. При легкихъ поврежденіяхъ оно имѣетъ то послѣдствіе, что мѣшаетъ подачѣ жалобы. Но, оставляя вопросъ о томъ, можно ли въ данномъ случаѣ говорить о согласіи—о прямомъ невынужденномъ согласіи на опредѣленное послѣдствіе (Биндингъ справедливо указываетъ, что согласіе въ этихъ случаяхъ — только эвентуальное),—вѣдь мы на дуэль не смотримъ чисто объективно, мы въ дуэли наказываемъ не только послѣдствія, но и умыселъ, который проявился. Если дуэль обставлена такъ, что не можетъ кончиться иначе, какъ обмѣномъ пуль, то

чается возможность считаться съ мотивами. Срокъ тюрьмы при лишеніи жизни — тюрьма не ниже двухъ лѣтъ (максимумъ 6 лѣтъ), при чемъ, согласно началамъ общей части, это наказаніе можетъ сопровождаться временными правопораженіями.

преслѣдованіе не будетъ имѣть мѣста, хотя бы послѣдовало какое-либо ничтожное поврежденіе. Но если условія, которыми обставлена дуэль, таковы, что явствуетъ умыселъ на убійство, или эвентуально нанесеніе тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, что можетъ вытекать изъ свойства оружія, разстоянія, количества выстрѣловъ, условія биться на смерть или до первой крови и т. д., то въ такихъ случаяхъ мы можемъ говорить, при наступленіи этихъ послѣдствій, что они входятъ въ эвентуальный умыселъ, и въ этомъ случаѣ согласіе или несогласіе никакого значенія не имѣетъ. Рискъ для обоихъ?— Но развѣ въ преступленіяхъ, въ экспропріаціяхъ, напримѣръ, когда люди являются съ револьверами и кричатъ „руки вверхъ“ и подвергаются опасности, что ихъ перебьютъ, развѣ этотъ рискъ имѣетъ какое-нибудь значеніе въ смыслѣ не только выдѣленія ихъ дѣянія изъ общей категоріи, но даже въ смыслѣ смягченія наказанія? И, наконецъ, мотивы... Но вѣдь любопытно, что если дуэль по своимъ мотивамъ должна быть выдѣлена, то эти мотивы должны быть прямо указаны въ законѣ. Между тѣмъ ни одинъ законодатель этого не дѣлаетъ, и понятіе дуэли, такимъ образомъ, у насъ, какъ и въ западно-европейскихъ государствахъ, получаетъ характеръ совершенно формалистическій. Дуэль—это не есть нѣчто, въ основаніе чего должно быть положено особое субъективное чувство, а это есть извѣстный, обставленный внѣшними условіями, бой между двумя лицами, при чемъ самъ законодатель объ этихъ условіяхъ не упоминаетъ—они должны быть выведены изъ практики, изъ историческихъ объясненій, но въ концѣ концовъ они таковы, что даютъ возможность каждому, обставивъ себя внѣшними условіями поединка, совершить политическое убійство. Достаточно того, что человѣкъ для сведенія своихъ политическихъ счетовъ, вызоветъ противника на дуэль и убьетъ его, чтобы по отношенію къ нему былъ установленъ особый взглядъ,—то, что онъ совершаетъ, есть дѣяніе, за которое онъ можетъ не отвѣчать ничѣмъ, какъ наказаніемъ не правопоражающимъ, и въ конечномъ счетѣ ничтожнымъ. И вотъ Таганцевъ въ своемъ изслѣдованіи „О преступленіяхъ противъ жизни“ выставилъ такія положенія, которыя онъ въ то время защищалъ: что „лишеніе жизни на дуэли заключаетъ въ себѣ всѣ условія, требуемыя теоріей и закономъ для убійства“, что „возраженія, дѣлаемыя противъ подобнаго подведенія, не имѣютъ достаточныхъ основаній“, что „мотивы, опредѣляющіе преступниковъ при поединкѣ, не могутъ уничтожить преступности и наказуемости поединка“, что „эти мотивы не

могутъ даже служить основаніемъ для выдѣленія умерщвленія на дуэли изъ общаго родового понятія убійства", что „поводы къ дуэли могутъ вліять только на степень отвѣтственности виновныхъ, и то не въ особенно значительныхъ размѣрахъ".

Изъ этого вытекаетъ, что, собственно говоря, самый правильный образъ дѣйствій былъ бы,—вычеркнуть дуэль совершенно изъ уголовнаго кодекса и наказывать по послѣдствіямъ. Но я думаю, что такого рода рѣшеніе вопроса въ настоящее время въ Россіи было бы сопряжено съ несомнѣнной опасностью. Во-первыхъ, опытъ Франціи показываетъ, что при такой отмѣнѣ правилъ о дуэли, т.-е. ряда законодательныхъ постановленій о дуэли, непремѣнно возникаетъ вопросъ, „что это значитъ?" — значитъ ли, что отнынѣ дуэль не наказуема? Представьте себѣ, что выходитъ такой законъ, который говоритъ, что отмѣняются ст. 1457—1512 уложенія о наказаніяхъ, а затѣмъ остаются лишь мотивы къ этому новому закону, которые въ концѣ концовъ ни для кого не обязательны. Нужно еще искать объясненій, нужно, чтобы эти мотивы подтвердились. Такъ, напримѣръ, во Франціи докладчикъ комиссіи Monseignat совершенно открыто заявлялъ, будто эта отмѣна означаетъ, что законъ приравниваетъ дуэль къ общимъ преступленіямъ, но французская практика до 1837 г. держалась обратной точки зрѣнія, считая, что разъ прежде дѣяніе каралось по особымъ правиламъ, а теперь нѣтъ, то оно и не наказуемо. Но если даже отбросить эти сомнѣнія, я все же считаю, что такой путь можно было бы примѣнить, если бы у насъ существовала иная система, чѣмъ усвоенная уложеніемъ о наказаніяхъ. Если мы возьмемъ проектъ Таганцева, изложенный имъ въ центральной работѣ, то что мы увидимъ? Онъ считаетъ, что убійство на дуэли можетъ быть подведено подъ статью, которая имъ проектируется такъ: „если убійство: а) или было вызвано тяжкой обидой, нанесенною убитымъ или самому виновному, или лицамъ, ему близкимъ, б) или было вообще совершено подъ вліяніемъ побужденій или при наличности условій, болѣе или менѣе оправдывающихъ данное дѣяніе, то виновный подлежитъ: заключенію въ рабочій домъ не свыше 5 лѣтъ, или тюремному заключенію не менѣе 6 мѣсяцевъ, или внушенію и выговору со стороны суда". Конечно, если бы мы имѣли такую основную систему, имѣли возможность въ предѣлахъ уголовнаго уложенія двигаться по этой лѣстницѣ наказаній безпрепятственно, если бы вся система уложенія о наказаніяхъ не была такъ казуистична, если бы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ

была возможность отойти отъ большихъ сроковъ каторги, словомъ сказать—если бы наше уложеніе держалось правильной точки зрѣнія на значеніе мотивовъ и не только въ примѣненіи къ убійствамъ, но и другимъ преступленіемъ,—тогда, конечно, былъ бы возможенъ иной исходъ. Въ настоящее время, при существующей системѣ уложенія, я думаю, возможно только нѣчто въ родѣ того примѣрнаго проекта закона, который приложенъ къ докладу [1]). Я долженъ объяснить, что составляя этотъ проектъ, я имѣлъ въ виду исключительно содѣйствовать тѣмъ лицамъ, которыя предполагаютъ, что необходимо въ ближайшемъ времени внести законодательное предположеніе относительно наказуемости дуэли, или, вѣрнѣе сказать, касающееся вообще дуэли; потому, набрасывая этотъ проектъ, я самъ руководился исключительно этими соображенія практики и цѣлесообразности. Я заранѣе признаю: весьма возможно, что этотъ проектъ технически крайне несовершенъ, что, можетъ быть, въ немъ есть вещи совершенно нежелательныя и неудобныя. Я повторяю — это есть только проектъ, только примѣрный набросокъ. Въ моемъ проектѣ дуэль указывается только, какъ извѣстный способъ дѣйствія, и, съ этой точки зрѣнія, убійство на поединкѣ есть нѣчто вродѣ убійства посредствомъ отравленія или

---

[1]) 1) Статьи 1457—1512 улож. о наказ. угол. и испр.—отмѣнить.

2) Дополнить главу первую раздѣла X улож. о наказ. ст. 1455^1, 1484^1 и 1484^2, изложивъ ихъ такъ:

Ст. 1455^1: Виновный въ убійствѣ на поединкѣ подвергается: лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на поселеніе въ мѣстности, къ тому предназначенныя.

При уменьшеніи наказанія въ семъ случаѣ допускается переходъ лишь къ заключенію въ крѣпости, на основаніи и въ постепенности, установленныхъ ст. 34 улож. о наказ.

Ст. 1484^1: Виновный въ причиненіи на поединкѣ увѣчья или тяжкой раны подвергается: лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и отдачѣ въ исправительныя арестанскія отдѣленія по второй, или четвертой, или же пятой степенямъ ст. 31 улож. о наказ.

При уменьшеніи наказанія въ семъ случаѣ допускается переходъ къ тюрьмѣ по 1-ой степени ст. 38 улож. о наказ.

Ст. 1484^2: Виновный въ причиненіи на поединкѣ легкой раны подвергается: лишенію нѣкоторыхъ, по ст. 50 сего уложенія, особенныхъ правъ и преимуществъ и заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 8 мѣс. до 1 года и 4 мѣс.

При уменьшеніи наказанія въ семъ случаѣ допускается переходъ къ тюрьмѣ по 2-ой или 3-ей степени ст. 38 улож. о наказ.

посредствомъ поджога, съ той разницей, что эти два случая являются квалифицированными видами, а убійство на поединкѣ должно разсматриваться, какъ видъ привилегированный. Затѣмъ, само собой разумѣется, что при такой постановкѣ вопросъ о покушеніи рѣшается на основаніи тѣхъ соображеній, которыя мною были изложены, а вопросъ о секундантахъ рѣшается такъ, что секунданты отвѣчаютъ, какъ соучастники. Особаго наказанія и выдѣленія секундантовъ тутъ не имѣется.

Что касается наказуемости, то въ моемъ проектѣ дается возможность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ считаться съ индивидуальными особенностями. Съ этой цѣлью установлены параллельныя наказанія, и судъ имѣетъ возможность переходить въ случаѣ убійства отъ поселенія съ лишеніемъ всѣхъ правъ — къ крѣпости съ лишеніемъ лишь нѣкоторыхъ правъ, а въ болѣе легкихъ случаяхъ отъ исправит. арест. отдѣленій и отъ тюрьмы съ лишеніемъ правъ—къ тюрьмѣ безъ лишенія правъ. Важно, при такой постановкѣ, то обстоятельство, что дуэли съ печальнымъ исходомъ будутъ подлежать суду присяжныхъ, и я полагаю, что такое рѣшеніе безусловно правильно. Именно здѣсь чрезвычайно важно и вполнѣ цѣлесообразно прислушаться къ голосу общественной совѣсти. Я убѣжденъ, что передача дѣлъ подобнаго рода на разсмотрѣніе суда присяжныхъ будетъ имѣть оздоровляющее значеніе, и что репрессія суда присяжныхъ окажется не мнимой, а вполнѣ дѣйствительной, конечно, при томъ условіи, если она не будетъ парализоваться помилованіемъ [1]).

[1]) Въ дополненіе къ этимъ соображеніямъ, я долженъ признать, что при такой постановкѣ было бы необходимо сохранить наказуемость самой дуэли, хотя бы и не имѣвшей послѣдствій, какъ особаго вида опасной драки, при чемъ соотвѣтствующая статья могла бы быть помѣщена въ уставѣ о наказаніяхъ, и могла бы быть установлена кара арестомъ. Тогда было бы логично преслѣдовать дуэль, имѣвшую послѣдствіемъ легкія раны, независимо отъ жалобы потерпѣвшаго. Что касается наказуемости вызова, то я не могу согласиться съ доводами, высказанными въ юридическомъ обществѣ въ пользу такой наказуемости. Здѣсь указывалось на то гнетущее впечатлѣніе, которое можетъ произвести такой вызовъ, на тяжкія нравственныя страданія вызваннаго и т. п. Но тогда пришлось бы назначить весьма суровыя кары, не говоря уже о томъ, что существуетъ множество формъ причиненія нравственныхъ страданій гораздо болѣе тяжкихъ,— формъ, совершенно недоступныхъ дѣйствію уголовнаго закона. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, я призналъ бы вполнѣ правильнымъ предусмотрѣть и обложить наказаніемъ вызовъ на поединокъ члена Госуд. Думы и Госуд. Совѣта по поводу исполненія ими своихъ обязанностей, разсматривая такой

Само собою разумѣется, что при принятіи такой точки зрѣнія является настоятельная необходимость покончить съ особымъ взглядомъ на вопросъ о поединкѣ въ военной офицерской средѣ. Но вопросъ о томъ, какъ могутъ быть отмѣнены эти правила 1894 г., есть вопросъ совершенно особый. Я долженъ указать, что въ литературѣ существуетъ взглядъ, что эти самыя правила 1894 г. были изданы съ нарушеніемъ правъ, принадлежавшихъ государственному совѣту. Но при дѣйствующемъ положеніи, при наличности 97 ст. осн. зак., гдѣ прямо сказано, что постановленія по военно-судебной и военно-морской частямъ идутъ особымъ порядкомъ, боюсь, что въ распоряженіи нашихъ законодательныхъ органовъ нѣтъ средствъ для того, чтобы законодательнымъ путемъ отмѣнить эти правила. Но, само собою разумѣется, что, чѣмъ правильнѣе будетъ взглядъ на дуэль въ общемъ законодательствѣ, тѣмъ необходимѣе отмѣна его въ этой спеціальной средѣ.

V.

Наконецъ, нѣсколько только словъ по поводу парламентскихъ дуэлей. Я утверждаю, что, въ частности, парламентскимъ дуэлямъ, наиболѣе излюбленнымъ изъ всѣхъ, легче всего противодѣйствовать, и такое противодѣйствіе вполнѣ своевременно, именно потому, что въ парламентскихъ дуэляхъ прежде всего поводы являются большей частью чисто политическаго характера. Это есть политическая злоба, политическая ненависть, которая такимъ путемъ находитъ себѣ выходъ какъ бы законный. Здѣсь не затрагивается ни личная честь, ни личная репутація. Здѣсь, кромѣ того, есть полная возможность обратиться къ третейскому суду и достигнуть извиненія въ формѣ, не унизительной для личнаго самолюбія, и примиренія. Затѣмъ я считаю, что каковъ бы ни былъ парламентъ, какова бы ни была его организація, но лица, облеченныя званіемъ члена Думы, вообще народные представители, должны къ своимъ поступкамъ, къ своему образу дѣйствій относиться съ особенной строгостью и считать, что тотъ примѣръ, который они

вызовъ, какъ попытку воспрепятствованія свободному исполненію этихъ обязанностей. Такое правило, кстати сказать, обуздало бы пылъ разныхъ добровольцевъ, обращающихся къ своему высшему начальству съ просьбой разрѣшить имъ вызвать на дуэль того или другого депутата, „оскорбившаго“ ихъ вѣдомство или ихъ мундиръ.

подаютъ, является въ данномъ случаѣ или особенно хорошимъ, или особенно дурнымъ. По свидѣтельству многихъ, знающихъ провинціальную жизнь, никогда такъ не усиливались въ разныхъ собраніяхъ, губернскихъ, уѣздныхъ, земскихъ и т. д., проявленія дикости нравовъ, брань, взаимныя препирательства, неприличныя выходки, какъ съ тѣхъ поръ, какъ примѣръ поданъ съ высокой трибуны Государственной Думы. Точно то же можетъ случиться по отношенію къ дуэлямъ. На-дняхъ газеты сообщили, что нѣкій жандармскій штабъ-ротмистръ вызвалъ на дуэль одного члена Думы за оскорбленіе чести жандармскаго мундира. Недавно былъ случай, когда товарищъ прокурора вызвалъ кого-то на дуэль,— не помню, былъ ли то членъ Думы,—за оскорбленіе чиновъ прокуратуры. Всякому понятно, что въ этомъ случаѣ можно руководиться такого рода мотивами, которые ничего общаго не имѣютъ съ понятіемъ объ оскорбленіи чести, но свидѣтельствуютъ о совершенно другихъ побужденіяхъ. И вотъ, въ виду опасности и возможности распространенія и широкаго развитія этого зла, въ виду того, что желательно съ самаго начала положить ему препону, я считаю, что въ настоящее время такого рода законодательное постановленіе было бы своевременно.

Мнѣ могутъ сказать,—стоитъ ли огородъ городить, когда за 4 послѣднихъ мѣсяца у насъ было 124 казни и 1.100 самоубійствъ. Что̀ передъ этими цифрами значатъ совершенно ничтожныя цифры лицъ, пострадавшихъ на дуэли?

Но вспомнимъ, что не такъ давно противники смертной казни встрѣчались съ тѣмъ же возраженіемъ, имъ тоже говорили: у насъ въ Россіи это почти вопросъ академическій. И что же мы теперь видимъ?—Гдѣ же ручательство противъ того, что все возрастающее одичаніе, прогрессирующее обезцѣненіе человѣческой жизни, на ряду съ ростомъ политическихъ страстей и усиленіемъ ненависти на почвѣ политической, — не заставятъ распуститься пышнымъ цвѣткомъ увядавшій, обреченный, казалось, способъ разрѣшенія столкновеній? Да, конечно, трудно разсчитывать, чтобы борьба съ дуэлью сейчасъ, въ данное время, сдѣлалась воодушевляющимъ лозунгомъ, трудно ожидать, чтобы общество, будучи ежедневнымъ свидѣтелемъ того, что у насъ творится, могло воспылать негодованіемъ противъ дуэли и оказать прочную и широкую поддержку ея противникамъ. Не слѣдуетъ притомъ преувеличивать нравственное значеніе закона, который можетъ выйти изъ рукъ третьей Государственной Думы. Все это такъ. И, тѣмъ не менѣе, борьба

необходима. Она, вѣдь, направлена не противъ отдѣльныхъ случаевъ, а противъ того психологическаго гнета, которымъ эти случаи порождаются. Какъ предсказать, кто можетъ оказаться жертвой этого гнета?

Не нужно ждать. Пусть иниціатива отзывчивыхъ и чуткихъ членовъ Гос. Думы, рѣшившихся выступить противъ грубаго и нелѣпаго пережитка другихъ временъ и другой психологіи, встрѣтитъ живой откликъ въ лучшей части русскаго общества. Пусть съ этого дикаго и отвратительнаго обычая будетъ сорвана мантія красивыхъ словъ и снятъ ореолъ якобы возвышенныхъ мотивовъ, его украшающій. И когда онъ предстанетъ передъ нами въ своемъ истинномъ видѣ, въ своей безобразной наготѣ, отъ него отшатнется каждый, въ комъ живо этическое чувство и кто внемлетъ голосу разума. А тогда ему—конецъ!..

Докладъ вызвалъ весьма оживленныя пренія.

Первымъ изъ оппонентовъ говорилъ *А. И. Гиллерсонъ*. Признавая, что съ точки зрѣнія житейской морали едва ли можно найти какое-либо оправданіе для дуэли, А. И. Гиллерсонъ, тѣмъ не менѣе, считаетъ оцѣнку дуэли, сдѣланную докладчикомъ, неправильной и односторонней. Вопросъ о дуэли не слѣдуетъ разсматривать исключительно съ точки зрѣнія житейской морали, необходимо выяснить прежде всего историческое происхожденіе института — что, къ сожалѣнію, въ недостаточной мѣрѣ сдѣлано докладчикомъ. Корни дуэли исторически восходятъ къ „Божьему суду“ —институту, возникшему самостоятельно у различныхъ народовъ (въ Германіи, напр., около VI ст.) и игравшему значительную роль въ процессѣ. Именно, въ случаѣ отсутствія доказательствъ на судѣ, споръ разрѣшался съ помощью „Божьяго суда“, у насъ—въ формѣ „цѣлованія креста“, „поединка въ полѣ“ и т. п. Между прочимъ псковская судная грамота признавала бой даже и для женщинъ, при чемъ послѣднимъ запрещалось посылать вмѣсто себя „наймитовъ“. Первымъ противъ поединка у насъ выступилъ митрополитъ Фотій въ 1410 году. Въ XVI вѣкѣ институтъ въ этой формѣ вымираетъ, и вмѣсто него появляется институтъ современной дуэли въ тѣсномъ смыслѣ, какъ способъ возстановленія оскорбленной чести. Несмотря на различіе характера и области примѣненія института, принципъ остался въ сущности тотъ же. Предположимъ, дѣло идетъ о

чести близкихъ лицъ, напр. матери, сестры и т. п., въ такихъ случаяхъ возстановленіе чести судомъ часто оказывается чрезвычайно труднымъ и къ тому же тягостнымъ для этихъ лицъ; не говоря уже о возможности недобросовѣстныхъ свидѣтельскихъ показаній и т. п., приходится разоблачать интимныя стороны жизни, дѣлать ихъ достояніемъ толпы. Вотъ почему въ такихъ случаяхъ дуэль представляется необходимымъ и незамѣнимымъ орудіемъ возстановленія чести. Правда, въ Англіи, напр., какъ указалъ уже докладчикъ, дуэли совершенно вышли изъ употребленія (послѣдняя дуэль, впрочемъ, имѣла мѣсто не въ 1843 году, какъ полагаетъ докладчикъ, а въ 1845 году), но вѣдь нельзя забывать, что въ Англіи судъ и отношеніе къ нему совершенно иные, чѣмъ у насъ; и лишь при такой независимости и такомъ авторитетѣ, какимъ пользуется судья въ Англіи, возможно фактическое упраздненіе дуэли. Во всякомъ случаѣ, изъ сказаннаго вытекаетъ, что нельзя ни въ какомъ случаѣ согласиться съ докладчикомъ, предлагающимъ исключить дуэль, какъ delictum sui generis, изъ уголовнаго кодекса и карать ее по послѣдствіямъ. Что же касается практическихъ результатовъ такого исключенія въ смыслѣ уменьшенія числа дуэлей, то самъ докладчикъ въ своихъ тезисахъ признаетъ, что предложеніе его не можетъ имѣть большого значенія. Далѣе, по поводу правилъ дуэли 1894 года слѣдуетъ замѣтить, что критика ихъ со стороны докладчика не вполнѣ справедлива. Отдавая рѣшеніе вопроса о дуэли на судъ общества офицеровъ, правила эти преслѣдуютъ собственно троякую цѣль: 1) устранить возможность возникновенія дуэлей между офицерами по мелкимъ ничтожнымъ поводамъ; 2) сдѣлать обязательной для военныхъ дуэль при наличности важныхъ, серіозныхъ оскорбленій чести, и 3) вывести офицера изъ затруднительнаго положенія въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ самъ не знаетъ, долженъ ли онъ себя считать оскорбленнымъ или нѣтъ. Конечно, эти правила въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ не выдерживаютъ критики, особенно, если принять во вниманіе, что собственно статьи улож. о нак. формально еще не отмѣнены въ отношеніи военнаго сословія. Но все же правила эти, какъ видимъ, не лишены извѣстнаго резона, и аналогичныя правила дѣйствуютъ во многихъ арміяхъ.

Но и независимо отъ вышесказаннаго, предлагаемыя докладчикомъ законодательныя мѣры противъ дуэли едва ли

своевременны. Докладчикъ самъ признаетъ возможность слѣдующаго возраженія: „стоитъ ли огородъ городить, когда у насъ совершается столько казней и убійствъ?“ Съ этимъ возраженіемъ нельзя не согласиться, и притомъ не только въ виду незначительнаго въ общемъ числа дуэлей, но и по болѣе важнымъ, принципіальнымъ основаніямъ: въ той странѣ, гдѣ нѣтъ элементарныхъ условій законности,— тамъ, гдѣ нельзя достойно жить, не мѣшайте иногда достойно умереть!

П. И. Люблинскій, соглашаясь съ главнѣйшими положеніями выслушаннаго интереснаго доклада, находитъ практическія предложенія докладчика, содержащіяся въ приложенномъ къ тезисамъ „примѣрномъ проектѣ закона“, не пріемлемыми съ точки зрѣнія той именно цѣли, которая лежитъ въ основѣ всего доклада. Въ сущности, косвенное признаніе этого несоотвѣтствія мы находимъ у самого докладчика, который, требуя усиленія уголовной репрессіи противъ дуэли, въ то же время въ первомъ своемъ тезисѣ признаетъ безцѣльность такой законодательной политики въ борьбѣ съ обычаемъ дуэли. Для правильнаго уясненія этой безцѣльности необходимо имѣть въ виду, что уже съ самаго начала возникновенія дуэли она заключала въ себѣ вызовъ праву. Понятно поэтому, что въ борьбѣ съ дуэлью элементъ права не могъ играть сколько-нибудь серьезной роли. Прежде всего, уже исторически установившійся взглядъ на дуэль, какъ на нѣчто „благородное“, обрекалъ на неудачу всякую попытку воздѣйствія на дуэль путемъ угрозы наказаніемъ. Но и независимо отъ этого традиціоннаго отношенія къ дуэли, послѣдняя по существу исключаетъ возможность воздѣйствія на дуэлянтовъ путемъ обычной уголовной репрессіи: въ самомъ дѣлѣ, не странно ли угрожать кратковременнымъ лишеніемъ свободы тому, кто жертвуетъ гораздо болѣе цѣннымъ благомъ—жизнью. Нельзя поэтому не признать, что прежнія законодательства поступали совершенно послѣдовательно, не ограничиваясь по отношенію къ дуэлянтамъ одной лишь угрозой смертной казни, а усиливая ее добавочной угрозой въ смыслѣ примѣненія къ участникамъ дуэли разныхъ сопровождающихъ казнь позорящихъ наказаній: угрозой повѣсить казненнаго за ноги, отволочить въ „безчестное“ мѣсто и т. п. Наконецъ, послѣдняя особенность дуэли, затрудняющая воздѣйствіе на дуэлянтовъ путемъ репрессіи, заключается въ томъ внутреннемъ раздвоеніи, кото-

рымъ обычно характеризуется психологія участниковъ дуэли,— въ конфликтѣ между двумя нормами: уголовной и моральной. При такомъ внутреннемъ конфликтѣ угроза уголовной репрессіей не достигаетъ цѣли. Сказаннымъ объясняется, почему, какъ это показалъ уже докладчикъ, дуэль процвѣтала и въ періоды усиленія уголовной репрессіи, равно какъ этимъ же объясняется и то обстоятельство, что репрессіи эти фактически (напр., во Франціи) почти никогда не примѣнялись, оставаясь лишь на бумагѣ. При такомъ несоотвѣтствіи дѣйствительнаго положенія съ писаннымъ закономъ, естественно возникаетъ вопросъ о томъ, не слѣдуетъ ли лучше ослаблять репрессію, вмѣсто того, чтобы ее усиливать, ибо при такой политикѣ, по крайней мѣрѣ, не столь явно дискредитируется судебная и государственная власть.

Переходя затѣмъ къ критикѣ предложеннаго докладчикомъ проекта, П. И. Люблинскій указываетъ на то, что для него осталось неяснымъ, какимъ образомъ возможно по системѣ докладчика конструировать наказуемость дуэли въ тѣхъ случаяхъ, когда она не имѣла послѣдствій. Вѣдь если ее наказывать, какъ покушеніе, то спрашивается — какъ покушеніе на что? на убійство, на тяжкую, на легкую рану? Какъ можно въ этихъ случаяхъ опредѣлить заранѣе то, что̀ должно было бы послѣдовать, но въ дѣйствительности не послѣдовало? Болѣе послѣдовательна поэтому французская система, отрицающая возможность привлеченія за дуэль, не имѣвшую послѣдствій. Съ другой стороны, если стать на точку зрѣнія докладчика, то по предложенной имъ системѣ окажется, что въ качествѣ лицъ, отвѣтственныхъ за происшедшія на дуэли послѣдствія, должны быть привлекаемы не только секунданты, но и недоносители, попустители и укрыватели—выводъ, который, несомнѣнно, идетъ гораздо дальше намѣреній докладчика, но который тѣмъ не менѣе логически вытекаетъ изъ предложенной имъ системы.

Въ заключеніе слѣдуетъ указать на то, что для успѣшной борьбы съ дуэлью необходимо прежде всего уяснить себѣ функціи дуэли, иначе говоря—тѣ задачи, разрѣшеніе которыхъ осуществляется путемъ дуэли. Что касается высшихъ классовъ, то здѣсь исторически рѣшающую роль играютъ разныя формы этикета и традиціонныя формулы, въ родѣ, напр., „честь должна быть поставлена выше жизни“ и т. п. Несо-

мнѣнію, однако, что въ настоящее время играетъ преимущественную роль уже лишь церемоніальная, символическая сторона возстановленія чести. Между прочимъ, историческіе примѣры показываютъ намъ, что эта церемоніальная сторона имѣетъ значеніе не только для возстановленія чести, но и—другихъ благъ. Такъ, напр., въ Римѣ споры о землѣ нерѣдко рѣшались символическими дѣйствіями и обрядами. Далѣе весьма важнымъ элементомъ дуэли является то, что ею автоматически упраздняется, прекращается споръ объ оскорбленіи, при чемъ нѣтъ надобности входить въ интимныя стороны конфликта. Это—несомнѣнно весьма полезная сторона дуэли. Наконецъ, въ извѣстной степени сохранился еще и третій элементъ дуэли—предразсудокъ, требующій очищенія кровью обиды. Особенно это имѣетъ значеніе для того сословія, чье призваніе состоитъ въ томъ, чтобы кровью создавать право,—для сословія военнаго. Лишь выяснивъ такимъ образомъ элементы дуэли, можно рѣшить вопросъ о томъ, какія средства пригодны для борьбы съ дуэлью. Что касается историческихъ предразсудковъ и традицій, то съ ними борьба возможна путемъ печати и созданія съ этой цѣлью особыхъ организацій. Что же касается положительныхъ сторонъ дуэли, именно—указанной автоматической ея функціи, то въ этомъ отношеніи успѣшная борьба съ дуэлью возможна лишь при условіи замѣны дуэли такимъ способомъ разрѣшенія конфликтовъ, который обладалъ бы этой же положительной стороной дуэли. Эта цѣль въ значительной мѣрѣ достигается учрежденіемъ третейскихъ судовъ. Между прочимъ, по поводу упомянутыхъ выше общественныхъ предразсудковъ, распространенныхъ преимущественно въ высшихъ классахъ, слѣдуетъ сказать, что въ силу особыхъ условій у насъ борьба съ этими предразсудками, къ счастью, значительно легче, чѣмъ въ другихъ странахъ. Таковы дѣйствительныя мѣры борьбы съ дуэлью, способныя привести къ ея фактическому упраздненію. Что же касается уголовной репрессіи, то едва ли цѣлесообразно было бы прибѣгать къ этой крайней мѣрѣ даже и въ томъ случаѣ, если бы она могла оказаться болѣе или менѣе дѣйствительной.

В. Д. Плетневъ указываетъ на то, что при оцѣнкѣ дуэли необходимо различать двѣ совершенно отличныя другъ отъ друга историческія формы дуэли. Сперва дуэль была орудіемъ и проявленіемъ кулачнаго права вообще: такую роль дуэль

играла, напр., въ итальянскомъ дворянствѣ въ XIII вѣкѣ. Лишь значительно позднѣе—около XVI вѣка—дуэль пріобрѣтаетъ тотъ характеръ, который ей присущъ и нынѣ—характеръ возстановленія оскорбленной чести. Въ то время, какъ въ первоначальной формѣ дуэль неотдѣлима отъ кулачнаго права вообще, въ послѣдующей формѣ она воплощаетъ въ себѣ право индивидуальности. Это различіе необходимо имѣть въ виду для уясненія внутренней стороны дуэли. Сущность отношенія къ дуэли высшихъ классовъ (особенно во Франціи) характеризуется, напр., слѣдующими краткими изреченіями, пріобрѣвшими популярность въ высшихъ кругахъ общества: „Ударъ и больше ничего"; „Побѣждать и жить—одно и то же"; „Эта рука всякому враждебна". Какъ ни относиться къ этой внутренней сторонѣ дуэли, ее во всякомъ случаѣ нельзя игнорировать, и съ этой точки зрѣнія проектъ докладчика, провозглашающій дуэль однимъ изъ видовъ убійства, долженъ быть признанъ непріемлемымъ. Въ частности, по поводу перваго тезиса доклада слѣдуетъ сказать, что докладчикъ слишкомъ умаляетъ роль репрессіи въ борьбѣ съ дуэлью. Если мы въ исторіи дѣйствительно наблюдаемъ часто ничтожное вліяніе репрессіи на развитіе дуэли, то это происходило отъ того, что законодательство не было послѣдовательно и одни эдикты смѣнялись нерѣдко другими, совершенно противоположными. При такихъ условіяхъ, разумѣется, о серіозномъ, длительномъ воздѣйствіи репрессіи на дуэль не могло быть рѣчи.

Весьма правильно указаніе докладчика на важность превентивныхъ мѣръ противъ дуэли, въ частности, на необходимость значительнаго усиленія наказаній за обиды. Нельзя не признать, что столь ничтожное наказаніе, какъ семидневный арестъ за серіозную личную обиду, создаетъ знатительный соблазнъ къ самоуправной защитѣ своей чести. Вообще же борьба съ дуэлью должна вестись общими культурными средствами, а не путемъ прямыхъ репрессій.

І. В. Гессенъ находитъ нѣкоторую непослѣдовательность въ докладѣ по вопросу о борьбѣ съ дуэлью путемъ уголовной репрессіи: разъ уголовное законодательство, какъ признаетъ и докладчикъ, можетъ имѣть отрицательное значеніе въ смыслѣ поощренія дуэли, то, логически продолжая эту мысль, слѣдуетъ признать, что законодатель можетъ и долженъ стремиться не только къ уничтоженію этого отрицательнаго вліянія, но и къ

положительнымъ результатамъ. Дѣло, однако, въ томъ, что въ вопросѣ о дуэли центръ тяжести лежитъ вообще не въ логической сторонѣ вопроса. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь если стать на чисто логическую точку зрѣнія, то дуэль слѣдовало бы, собственно, карать даже строже, чѣмъ обыкновенное убійство; ибо послѣднее въ большинствѣ случаевъ совершается подъ вліяніемъ непосредственнаго чувства, между тѣмъ какъ въ дуэли съ ея установленными заранѣе правилами, вызовомъ, принятіемъ, участіемъ секундантовъ и т. п. этотъ смягчающій элементъ, конечно, отсутствуетъ. Правда, когда-то эти обычаи и правила дуэли, несомнѣнно, являлись прогрессомъ по сравненію съ господствовавшимъ простымъ кулачнымъ правомъ; но въ настоящее время едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что всѣ эти правила представляются посягательствомъ на авторитетъ государственной власти. Такимъ образомъ, мы видимъ, что указанная непослѣдовательность относится, собственно, не только къ докладчику, но и къ самому закону. Во всякомъ случаѣ, поскольку дѣло касается логическаго опроверженія дуэли, доказательства ея моральной несостоятельности, то докладчикъ далъ намъ въ своемъ блестящемъ докладѣ столь уничтожающую критику дуэли, что логически отъ нея, можно сказать, ничего не осталось; ибо нельзя же серіозно считать обоснованіемъ дуэли девизы, вродѣ приведенныхъ предыдущимъ оппонентомъ: „Ударъ и больше ничего“ и т. п. Дѣло, однако, въ томъ, что къ какой бы условности мы ни подошли съ чисто логическимъ критеріемъ, она, конечно, не выдержитъ такой критики. И тѣмъ не менѣе (а можетъ быть, именно поэтому) для борьбы съ условностями такая критика оказывается недостаточной; въ этой области приходится неизбѣжно становиться на ту же условную точку зрѣнія, на ту же почву предразсудковъ, и только такимъ путемъ возможна успѣшная борьба. Нельзя поэтому не выразить сожалѣнія по поводу того, что докладчикъ не остановился болѣе подробно именно на этой сторонѣ дуэли. У насъ на этой почвѣ тѣмъ легче бороться съ дуэлью, что послѣдняя не пустила у насъ глубокихъ корней, а есть скорѣе нѣчто извнѣ навѣянное, нѣчто подражательное, какъ правильно указалъ и докладчикъ. Особенно это примѣнимо къ дуэлямъ парламентскимъ. Неофиты цивилизаціи всегда заимствуютъ раньше всего ея отрицательныя стороны; то же произошло у насъ съ парламентскими дуэлями: у насъ, „слава

Богу, еще нѣтъ парламента“, но за то мы являемся уже свидѣтелями парламентскихъ дуэлей. Правда, въ развитіи дуэлей у насъ, безспорно, играютъ значительную роль общіе факторы, какъ, напр., обезцѣненіе жизни и т. п., но не подлежитъ сомнѣнію, что у насъ имѣется опасность и самостоятельнаго развитія дуэли, полученія ею, такъ сказать, эпидемическаго характера. Докладчикъ совершенно правъ, отстаивая необходимость для законодателя поставить преграду развитію этой опасности путемъ измѣненія карательной системы по отношенію къ дуэли. При этомъ можно думать, что именно у насъ, въ виду указаннаго подражательнаго характера дуэля, являющейся у насъ какъ бы повѣтріемъ, уголовная репрессія окажется болѣе или менѣе дѣйствительной мѣрой противъ опаснаго развитія этого зла. Весь вопросъ для законодателя заключается лишь въ томъ, чтобы найти правильную среднюю линію, избѣгнувъ, съ одной стороны, системы „почетныхъ“ наказаній, ставящихъ дуэль на „пьедесталъ“, а съ другой стороны, не насилуя народной совѣсти, считающейся съ внутренней стороной дуэли, съ особыми условіями этого дѣянія. Особое, весьма важное значеніе имѣетъ, конечно, общественная борьба съ дуэлью и питающими ее предразсудками. И съ этой стороны слѣдуетъ вдвойнѣ привѣтствовать выслушанный интересный докладъ, ибо въ этомъ отношеніи, быть можетъ, еще большее значеніе, чѣмъ самый докладъ, имѣетъ то обстоятельство, что авторомъ его является В. Д. Набоковъ, публично, такимъ образомъ, заявившій себя убѣжденнымъ, принципіальнымъ противникомъ дуэли.

Въ виду того, что предстояло высказаться еще многимъ оппонентамъ, окончаніе преній, за позднимъ временемъ, было, по предложенію предсѣдателя, отложено до слѣдующаго засѣданія, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

8-го декабря 1909 года.

Засѣданіе открыто въ $8^1/_2$ час. вечера.

Въ засѣданіи подъ предсѣдательствомъ проф. *А. А. Жижиленко* продолжались пренія по прочитанному въ предыдущемъ засѣданіи (3-го декабря) докладу *В. Д. Набокова: „Дуэль и уголовный законъ“*.

Князь *С. А. Друцкой*, вполнѣ раздѣляя основныя положенія доклада, предлагаетъ нѣкоторыя поправки и дополненія къ нимъ. Прежде всего, юридическое общество не должно ограничиться резолюціей чисто-юридическаго характера: оно должно вынести резолюцію, осуждающую дуэль, какъ актъ безнравственный, противорѣчащій истинному понятію чести. Оппонентъ переходитъ, затѣмъ, къ полемикѣ съ защитниками дуэли, доказывая неубѣдительность обычно приводимыхъ послѣдними доводовъ и оправданій дуэли. Въ частности, что касается мотивовъ дуэли, то, какъ ни облагораживать ихъ, основными двигателями дуэли все же останутся чувства мести, ревности и т. п. побужденія, которыя ни въ какомъ случаѣ не могутъ претендовать на наше сочувствіе.

Переходя затѣмъ къ юридической сторонѣ дуэли, оппонентъ всецѣло присоединяется къ конструкціи докладчика, доказывая неосновательность обычно дѣлаемыхъ противъ этой конструкціи возраженій, частью высказанныхъ и въ рѣчахъ нѣкоторыхъ оппонентовъ прошлаго засѣданія. Такъ, указываютъ на элементъ самопожертвованія въ дуэли, иначе говоря—элементъ риска, отличающій дуэль отъ обыкновеннаго убійства, причиненія ранъ и т. п. Но докладчикъ правильно указалъ на наличность этого момента и въ экспропріаціи, — между тѣмъ, никому, разумѣется, не приходитъ въ голову требовать, въ виду этого обстоятельства, выдѣленія экспропріацій въ особую привилегированную группу преступныхъ дѣяній. Что же касается указанія на особые—„благородные“ мотивы дуэли, то выше уже было указано, что мотивы эти въ конечномъ счетѣ сводятся къ чувству мести, злобы, ревности, личнаго раздраженія и т. п. Столь же неубѣдительна, наконецъ, и обычно дѣлаемая ссылка на „согласіе“ участниковъ дуэли. Прежде всего, истиннаго, добровольнаго согласія нѣтъ: дуэлянтъ дѣйствуетъ подъ давленіемъ общественнаго предразсудка и даже угрозы со стороны противника. Но, далѣе, допустивъ даже, что тутъ имѣется налицо согласіе, спрашивается,—согласіе на что: быть убитымъ, раненымъ? Вѣдь обычно каждый выходитъ на дуэль съ тѣмъ, чтобы причинить то или иное послѣдствіе противнику, а не съ тѣмъ, чтобы быть самому убитымъ или раненымъ. Нельзя не видѣть поэтому, что „согласіе“ имѣетъ въ данномъ случаѣ чисто-формальный характеръ, не могущій оказать какого-либо рѣшающаго вліянія на преступность результата дуэли, а при

отсутствіи такого результата,—на преступность самой дуэли, какъ покушенія на убійство. Говорятъ, однако, что дуэль не можетъ разсматриваться, какъ покушеніе, такъ какъ результатъ дуэли заранѣе неизвѣстенъ, но въ отвѣтъ на это можно сослаться на судебную практику, которая всегда разсматриваетъ дѣйствіе оружіемъ на близкомъ разстояніи, какъ покушеніе на убійство.

Необходимо, однако, согласиться съ докладчикомъ, что само по себѣ усиленіе строгости наказаній дуэлянтовъ еще не имѣетъ большого значенія для искорененія дуэли. Гораздо болѣе важное значеніе въ этомъ отношеніи имѣло бы установленіе серіозной отвѣтственности другихъ участвующихъ лицъ, именно—секундантовъ и даже врача. Оппонентъ при этомъ не скрываетъ отъ себя того обстоятельства, что его предложеніе встрѣтитъ энергичную оппозицію и даже, быть можетъ, будетъ сочтено парадоксальнымъ. Тѣмъ не менѣе, онъ убѣжденъ, что осуществленіе этого предложенія есть необходимое условіе дѣйствительнаго, радикальнаго искорененія дуэли. Въ самомъ дѣлѣ, до тѣхъ поръ, пока секундантство, оставаясь безнаказаннымъ, считается повинностью, такъ что даже возможны случаи увольненія офицеровъ за отказъ отъ этой повинности, — законодательная борьба съ дуэлью будетъ безрезультатной. Установленіе же серіозной отвѣтственности секундантовъ будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ упраздненіе этой повинности, а тогда и дуэли неминуемо должны пойти на убыль, или же и вовсе исчезнуть, такъ какъ природа дуэли такова, что присутствіе постороннихъ лицъ (секундантовъ) представляется, съ точки зрѣнія психологіи дуэлянтовъ, однимъ изъ необходимѣйшихъ условій дуэли, ибо „на людяхъ и смерть красна"; драться же одинъ на одинъ, въ отсутствіи свидѣтелей боя, рискуя быть раненымъ и покинутымъ въ полѣ,—на это едва ли пайдутся охотники. Конечно, ошибочно было бы отрицать полезную роль секундантовъ до дуэли въ качествѣ посредниковъ-примирителей; но насколько секунданты полезны и желательны въ качествѣ такихъ посредниковъ *до выхода въ поле*, настолько они вредны и недопустимы въ полѣ, во время самаго боя, ибо тутъ они уже являются не только попустителями, но, въ качествѣ одного изъ необходимыхъ аттрибутовъ дуэли, и прямыми соучастниками и виновниками преступленія. То же примѣнимо собственно и къ врачу, присутствующему на дуэли. Но, ска-

жутъ, вѣдь врачъ обязанъ перевязывать раны,—какъ же можно его привлекать за это къ отвѣтственности? Однако, представимъ себѣ, что врачъ, зная о готовящемся актѣ какого-либо насилія, присутствуетъ при этомъ актѣ отнюдь не съ цѣлью ему препятствовать, а, напротивъ, съ цѣлью устранить возможныя вредныя его послѣдствія: развѣ врачъ въ такомъ случаѣ не будетъ подлежать уголовной отвѣтственности за попустительство? Но вѣдь таково же и отношеніе врача къ дуэли, при которой онъ присутствуетъ, а потому здѣсь, очевидно, долженъ быть примѣненъ тотъ же принципъ отвѣтственности.

Предлагаемыя мѣры окажутъ весьма отрезвляющее дѣйствіе на дуэлянтовъ, и можно съ увѣренностью предсказать, что дуэль безъ секундантовъ и врача не только не имѣетъ шансовъ на дальнѣйшее развитіе, но и неминуемо обречена на болѣе или менѣе скорое исчезновеніе.

І. А. Шендзиковскій рѣшительно возражаетъ противъ принципа отвѣтственности дуэлянтовъ на общемъ основаніи за причиненныя на дуэли послѣдствія. Вѣдь послѣдствій никто не знаетъ, ибо дерутся лишь „до первой крови“,—какъ же можно дѣлать дуэлянтовъ отвѣтственными за причиненіе того или иного послѣдствія? Далѣе, обоюдное согласіе дерущихся, чѣмъ бы оно ни вызывалось, все же на-лицо, а согласіе, по общему правилу, вѣдь устраняетъ всякую наказуемость, за исключеніемъ убійства и другихъ единичныхъ случаевъ.

Что касается указаній на безправственность дуэли, то видѣть въ дуэли одни безправственныя побужденія можно, лишь игнорируя основной, выросшій изъ обычая мотивъ дуэли—мотивъ возстановленія чести, при томъ весьма часто даже не личной чести, а чести близкихъ лицъ. Между прочимъ, и Лермонтовъ въ стихотвореніи „На смерть Пушкина“ говоритъ: „Погибъ поэтъ, *невольникъ чести*“. Конечно, нельзя отрицать наличности въ дуэли и элемента мести, но что дуэлянты во многихъ случаяхъ руководятся отнюдь не дурными чувствами взаимной злобы и ненависти, а лишь необходимостью возстановленія оскорбленной чести, можно видѣть изъ того, что нерѣдко послѣ дуэли противники сейчасъ же становятся лучшими друзьями. Во всякомъ случаѣ, вопросъ о нравственной оцѣнкѣ дуэли еще не можетъ считаться достаточно выясненнымъ. Но какъ бы мы ни оцѣнивали дуэль, одно несомнѣнно, что успѣшная борьба съ дуэлью должна заключаться не въ уси-

леніи наказаній за дуэль, а въ примѣненіи другихъ мѣръ, вліяющихъ на причины дуэлей, и это прекрасно показалъ намъ самъ докладчикъ въ своемъ докладѣ. Къ сожалѣнію, практическія предложенія докладчика идутъ въ разрѣзъ съ этимъ основнымъ его положеніемъ, изложеннымъ во 2-мъ тезисѣ его доклада. Между прочимъ, исторія дуэли у насъ показываетъ, что не только установленіе суровыхъ каръ для дуэлянтовъ, но и отвѣтственность секундантовъ и даже врачей (по Петровскимъ указамъ 1702 и 1706 гг.) не приводили къ практическимъ результатамъ въ смыслѣ сокращенія числа дуэлей. Предыдущій оппонентъ поэтому едва ли правъ, разсчитывая на устрашающее дѣйствіе отвѣтственности секундантовъ. Но и по существу нельзя согласиться съ его предложеніемъ, такъ какъ секунданты исполняютъ на дуэли весьма нужную и полезную роль: они стремятся къ установленію возможно легкихъ условій поединка, слѣдятъ за правильностью боя и т. п. Дуэль безъ секундантовъ была бы гораздо болѣе жестокой и опасной, между тѣмъ, какъ въ настоящее время, при наличности секундантовъ, огромное большинство дуэлей кончается благополучно или же имѣетъ лишь незначительныя послѣдствія.

Членъ Г. Д. *Н. Н. Львовъ* въ горячей рѣчи возстаетъ противъ дуэли, ссылаясь, между прочимъ, на личныя впечатлѣнія, вынесенныя имъ изъ недавней извѣстной дуэли. Всѣ построенія и доводы, обычно приводимые защитниками дуэли, суть, по его убѣжденію, не что иное, какъ фикціи. Такъ, прежде всего—можно ли говорить о „прочно укоренившемся обычаѣ дуэли“, когда, напр., въ Петербургѣ пельзя найти и пары требуемыхъ для дуэли пистолетовъ, а полученіе пресловутаго „кодекса Дурасова“ представляетъ величайшія трудности?

Далѣе, уже при одномъ соприкосновеніи на дѣлѣ съ установленными „правилами“ дуэли, со всѣмъ ея церемоніаломъ, нельзя не почувствовать всей фальши этого института, его несовмѣстимости съ нравственнымъ чувствомъ и сознаніемъ современнаго культурнаго человѣка. Вы испытываете ощущеніе чего-то нелѣпно-условнаго, глубоко-чуждаго, первобытнаго, словно вы нарядились въ старинный, полинялый мундиръ... Но затѣмъ, когда кончается „церемоніалъ“ и наступаетъ самый актъ „возстановленія чести“, ощущеніе неловкости и непонятности смѣняется въ васъ чувствомъ ужаса и глубокаго отвра-

щенія. Вы ясно сознаете себя соучастникомъ происходящей при вашемъ содѣйствіи смертной казни, вы безповоротно чувствуете, что совершается ужасное преступленіе, которому нѣтъ и не можетъ быть оправданія. И вы тогда видите, какъ фиктивны и отвлеченны всѣ построенія и доводы защитниковъ дуэли, вы видите, какъ далека отъ дѣйствительности изображаемая ими картина дуэли, картина, въ которой есть все, что угодно, кромѣ самаго главнаго, составляющаго сущность дуэли: такъ на старыхъ батальныхъ картинахъ вы увидите пушки, генераловъ и пр., но не увидите лишь одного—поля сраженія. Говорятъ о взаимномъ согласіи дерущихся: но развѣ можетъ быть рѣчь объ истинномъ, добровольномъ согласіи, когда человѣка тащутъ на дуэль, можно сказать, хуже, чѣмъ въ кандалахъ? Далѣе, говорятъ о благородныхъ мотивахъ дуэли, о правѣ индивидуальности защищать свою честь и т. п. Прежде всего, допустивъ даже наличность въ дуэли такихъ мотивовъ, нельзя во всякомъ случаѣ упускать изъ виду, что въ дуэли участвуютъ двое; и если у одного изъ участниковъ и имѣется „достаточный“ въ указанномъ смыслѣ „поводъ“ къ дуэли, то, очевидно, нѣтъ никакихъ основаній предполагать наличность такого же мотива и у другого. Въ дѣйствительности, однако, настоящими мотивами - „двигателями“ дуэли являются вообще: личная злоба, зависть, желаніе расправиться съ своимъ противникомъ, наконецъ—холодная мстительность и жестокость.

Между прочимъ, защитники дуэли, указывая на „самопожертвованіе“ дуэлянта ради возстановленія своей чести или чести близкихъ лицъ, страннымъ образомъ забываютъ, что въ дѣйствительности существо и смыслъ дуэли состоятъ отнюдь не въ томъ, чтобъ поставить себя подъ ударъ противника, а въ томъ, чтобы самому нанести ему ударъ. И когда поэтому защитники дуэли говорятъ: „не мѣшайте достойно умереть“ (выраженіе одного изъ оппонентовъ прошлаго засѣданія), то можно имъ отвѣтить: „нѣтъ, вы не того требуете, ибо достойно *умереть* — это, напр., японское харакири, которое съ точки зрѣнія самопожертвованія дѣйствительно понятно и законно; ваша же защита дуэли означаетъ другое. Вы говорите: „не мѣшайте „достойно“ убить“!...

Защитники дуэли говорятъ, далѣе, о воспитательномъ значеніи дуэли (особенно для военнаго сословія) въ смыслѣ развитія личной храбрости и мужества. Но это мнѣніе, какъ

указывалъ и докладчикъ, покоится на глубокомъ заблужденіи: отъ военнаго дѣятеля требуется отнюдь не легкое отношеніе къ жизни, характеризующее лишь безволіе и распущенность нравовъ, а твердое сознаніе долга и строгое повиновеніе ему. Ничего удивительнаго поэтому нѣтъ въ томъ, что Наполеонъ такъ пренебрежительно отзывается о дуэлистахъ. Если такова авторитетная оцѣнка дуэли во Франціи, гдѣ дуэль все же освящена вѣковой традиціей и гдѣ общественное мнѣніе въ значительной части до сихъ поръ видитъ въ дуэли какое-то проявленіе „благородства“, то что же сказать о дуэли у насъ, гдѣ она, въ сущности, питается исключительно традиціями гвардейскихъ казармъ и нѣкоторыхъ великосвѣтскихъ салоновъ? Гдѣ у насъ общественное мнѣніе, относящееся съ симпатіей къ дуэли? Оно совершенно ничтожно и сводится къ мнѣнію „княгини Марьи Алексѣвны“. Отношеніе же подлиннаго нашего общественнаго мнѣнія къ дуэли характеризуется отвращеніемъ и негодованіемъ, и лучшимъ выраженіемъ этого отношенія являются извѣстныя слова епископа Иннокентія: „уймите драчуновъ“. При такихъ условіяхъ дуэль у насъ, можно сказать, находитъ главную поддержку тамъ, откуда можно было бы ожидать наибольшаго противодѣйствія дуэли: нашъ законъ вмѣсто серіозной борьбы съ дуэлью создаетъ для нея особый, привилегированный родъ наказанія, благодаря чему дуэль искусственно какъ бы возводится на какой-то пьедесталъ. Представляется совершенно непонятнымъ, почему законъ считаетъ нужнымъ итти навстрѣчу мелкому, ничтожному предразсудку, у насъ къ тому же еще лишенному, какъ мы видѣли, какой бы то ни было почвы въ широкомъ общественномъ мнѣніи. Вѣдь тотъ же законодатель борется, напримѣръ, съ сектой изувѣровъ, несмотря на освященные у нихъ традиціей „обычаи и вѣрованія“. Почему же законодатель въ вопросѣ о дуэли капитулируетъ передъ общественнымъ предразсудкомъ? Неужели только потому, что тамъ рѣчь идетъ о сибирскихъ „мужикахъ“, а здѣсь—о „господахъ“?... Весь ужасъ въ томъ, что актъ, по существу глубоко безнравственный, безчеловѣчный, возводится въ геройство. Вѣдь въ самомъ фактѣ совершенія какого-либо дурного поступка еще нѣтъ ничего ужаснаго до тѣхъ поръ, пока сознается характеръ этого поступка, и совершившій его говоритъ: „homo sum“ и т. п. Но когда мстительность, злоба и жестокость, преступно посягающія

на человѣческую жизнь, возводятся на пьедесталъ, когда предразсудокъ, противорѣчащій нравственной природѣ современнаго человѣка и свидѣтельствующій лишь объ изломанности человѣческой души, способной иногда принять зло за добро, прикрывается авторитетомъ закона, получая какъ бы его санкцію, то этимъ создается великій соблазнъ и вносится глубокая деморализація и зараза въ общественную среду. Чтобы дѣйствительно бороться съ предразсудкомъ дуэли, законъ долженъ прежде всего отказаться отъ какого бы то ни было снисхожденія къ нему.

Конечно, не одной законодательной борьбой можно побѣдить этотъ предразсудокъ. Необходимо прежде всего бороться съ нашимъ собственнымъ равнодушіемъ къ варварскому обычаю дуэли. Нужно пробудить въ нашихъ сердцахъ то негодованіе и отвращеніе, какія дуэль должна вызывать во всякой здоровой, неизломанной душѣ. Первымъ необходимымъ для этого шагомъ и является разоблаченіе дуэли, раскрытіе ея истинной сущности.

Въ одномъ изъ сочиненій Тэна говорится объ египетскомъ храмѣ, въ которомъ молящаяся толпа взорами обращалась къ завѣсѣ, скрывавшей, какъ она полагала, идола; когда же завѣса какъ-то была сорвана, то вмѣсто идола тамъ оказался... крокодилъ. Необходимо и съ дуэли сорвать завѣсу окутывающихъ ее фикцій и условностей, нужно обнажить ея настоящую сущность, ея корень,—и тогда всѣмъ станетъ ясна безсмысленность и нелѣпость этого способа „возстановленія чести“.

А. А. Жижиленко указываетъ на то, что послѣ только-что выслушанной рѣчи члена Г. Д. Н. Н. Львова едва ли приходится еще доказывать моральный и общественный вредъ дуэли: если бы въ этомъ залѣ и были принципіальные сторонники дуэли (чего, впрочемъ, судя по имѣвшимъ до сихъ поръ мѣсто преніямъ, на самомъ дѣлѣ нѣтъ), то прекрасная рѣчь Н. Н. Львова должна была убѣдить ихъ въ ошибочности ихъ взгляда. Что касается литературы, то кромѣ указанныхъ докладчикомъ Спасовича и Лохвицкаго, слѣдуетъ упомянуть еще и проф. Пусторослева, являющагося убѣжденнымъ сторонникомъ дуэли. Именно, въ своихъ „лекціяхъ“ 1908 года, онъ считаетъ дуэль „правомѣрнымъ самоуправствомъ“. За исключеніемъ этихъ единичныхъ сторонниковъ и апологетовъ дуэли, общее мнѣніе въ литературѣ относится безусловно отрицательно къ дуэли, считая ее зломъ, съ которымъ необходимо такъ или

иначе бороться. Вопросъ лишь въ томъ, какія мѣры борьбы съ дуэлью представляются наиболѣе дѣйствительными и цѣлесообразными. На первомъ мѣстѣ, конечно, должны быть поставлены мѣры превентивныя. Въ числѣ послѣднихъ существенную роль могутъ играть антидуэльныя лиги и т. п. организаціи. Между прочимъ, въ Будапештѣ въ 1908 году состоялся первый международный конгрессъ противниковъ дуэли, на которомъ принята была резолюція въ томъ смыслѣ, что дуэль ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться средствомъ возстановленія чести, а также выражено было пожеланіе объ уничтоженіи вреднаго вліянія прессы на общество въ этой области—вліянія, поддерживаемаго излишнимъ вниманіемъ прессы къ дуэлямъ и нерѣдко склонностью ставить ее на пьедесталъ. Однако, при томъ отрицательномъ отношеніи къ дуэли, какимъ несомнѣнно въ общемъ характеризуется наше общественное мнѣніе, у насъ такія антидуэльныя лиги едва ли даже необходимы. Гораздо важнѣе во всякомъ случаѣ для насъ другія превентивныя мѣры, какъ то: реформа въ области наказаній, установленныхъ за оскорбленія чести, въ смыслѣ значительнаго усиленія этихъ наказаній; далѣе—устройство особыхъ судовъ чести, болѣе компетентныхъ, нежели общіе суды, въ разрѣшеніи возникающихъ въ этой области сложныхъ и щепетильныхъ вопросовъ (образованіе такихъ судовъ, между прочимъ, предположено въ проектѣ, внесенномъ въ 1908 году въ Испанскій Сенатъ), и, наконецъ, отмѣна института Duellzwang'a, введеннаго у насъ правилами 1894 года и являющагося большимъ зломъ.

Таковы ближайшія превентивныя мѣры противъ дуэли. Однако, поскольку существуютъ право и уголовное наказаніе, необходимо бороться съ дуэлью и помощью карательныхъ мѣръ. Здѣсь существуютъ двѣ системы: первая (французская, также—въ норвежскомъ уложеніи) не выдѣляетъ вовсе дуэли, какъ специфическаго преступнаго дѣянія, а оцѣниваетъ ее съ точки зрѣнія послѣдствій; вторая разсматриваетъ дуэль, какъ delictum sui generis, а именно: или a) какъ опасное дѣяніе, или b) какъ самоуправство, какъ „захватъ" принадлежащей государству власти (итальянскій кодексъ); или c) какъ посягательство на общественный порядокъ (голландское законодательство). Докладчикъ избралъ третій особый путь, квалифицируя дуэль, какъ особый привилегированный видъ „убійства" и т. п., совершен-

наго „*на поединкѣ*“. Однако, едва ли можно признать правильнымъ этотъ путь. Прежде всего, какъ указано уже П. И. Люблинскимъ, исходя изъ предложенной докладчикомъ системы, трудно признать наказуемость дуэли, не повлекшей за собою никакихъ послѣдствій — въ виду непримѣнимости въ данномъ случаѣ понятій покушенія и приготовленія. Далѣе, докладчикъ, устанавливая въ своемъ проектѣ наказаніе за легкую рану, очевидно, упустилъ изъ виду, что для возбужденія преслѣдованія за легкую рану вѣдь требуется по общему правилу частная жалоба потерпѣвшаго. Наконецъ, несправедливо было бы карать секундантовъ такъ, какъ это предлагаетъ докладчикъ, т. е.—какъ соучастниковъ: секунданты часто противятся всѣми мѣрами осуществленію дуэли, и, лишь истощивъ всѣ способы примиренія, видятъ себя вынужденными принять въ ней участіе. Вообще, дуэль нельзя разсматривать, подобно докладчику, какъ простое убійство, а тѣмъ болѣе—какъ убійство предумышленное, что̀ предлагалось здѣсь княземъ Друцкимъ: такой конструкціи дуэли безусловно не соотвѣтствуетъ внутренняя сторона ея, съ которой необходимо считаться. Самъ докладчикъ, въ сущности, до нѣкоторой степени признаетъ это, такъ какъ, опредѣляя наказуемость дуэли по ея послѣдствіямъ, онъ въ то же время устанавливаетъ особыя смягченныя наказанія для дуэлянтовъ, вводя, такимъ образомъ, понятіе „поединка“ во всѣ статьи своего проекта. Но разъ такимъ путемъ косвенно все же фиксируется въ самомъ законѣ значеніе „особыхъ условій“ причиненія того или иного послѣдствія на дуэли (6-й тезисъ доклада), то не правильнѣе ли въ такомъ случаѣ итти далѣе и признать наличность въ дуэли delictum sui generis? Что же касается характера этого деликта, то его естественнѣе и правильнѣе всего опредѣлить, какъ особый опасный видъ драки. Такая система квалификаціи дуэли не только болѣе соотвѣтствуетъ внутреннимъ свойствамъ этого дѣянія, но представляется болѣе цѣлесообразной и въ смыслѣ борьбы съ нимъ, ибо очевидно, что бороться нужно собственно не съ тѣми или иными послѣдствіями дуэли, а именно съ *дуэлью*, какъ *таковой*. Съ этой точки зрѣнія, дѣйствующая система квалификаціи дуэли должна быть признана въ принципѣ правильной; необходимо лишь пополнить ее постановленіемъ о томъ, что участники дуэли отвѣчаютъ за послѣдствія не только въ случаѣ „измѣнническаго боя“ или заранѣе принятаго условія „биться на

смерть“, но и вообще во всѣхъ случаяхъ, когда и поскольку доказанъ умыселъ на причиненіе даннаго послѣдствія,—иначе говоря, вопросъ этотъ слѣдуетъ признать вопросомъ факта.

Что касается, однако, дѣйствующей системы наказаній за дуэль, то въ этомъ отношеніи докладчикъ совершенно правъ въ своихъ нападкахъ на эту систему. Ошибка дѣйствующей системы, а съ нею и уг. ул. заключается не въ признаніи дуэли delictum sui generis, а въ установленіи для нея особаго „почетнаго“ наказанія—крѣпости, въ возведеніи ея на пьедесталъ. Необходимо отказаться отъ этой custodia honesta и, приравнявъ дуэль къ другимъ преступленіямъ, обложить ее общими наказаніями.

Между прочимъ, и въ германскомъ и австрійскомъ проектахъ уголовнаго уложенія мы видимъ замѣну крѣпости для дуэлянтовъ тюрьмой.

О. С. Трахтеревъ высказывается въ пользу ненаказуемости дуэли вообще. Дуэль нельзя приравнять къ убійству, ибо цѣлью ея не является—убить противника: дуэль вполнѣ правильно опредѣляется проф. Листомъ, какъ „игра въ жизнь и здоровье“. Азартныя же игры сами по себѣ не наказуемы. Ненаказуемость дуэли отстаивалась такими учеными, какъ Беккарія, Бентамъ, Тардъ, а у насъ Спасовичемъ. Во всякомъ случаѣ, если практически существуетъ необходимость уголовнаго преслѣдованія дуэли, то дуэлянты должны быть судимы не коронным судомъ, а судомъ присяжныхъ.

М. Я. Острогорскій, присоединяясь къ положеніямъ докладчика, поддерживаетъ поправки, предложенныя княземъ Друцкимъ въ отношеніи секундантовъ. Оппонентъ, въ частности, подробно останавливается на парламентскихъ дуэляхъ. Какъ правильно замѣтилъ докладчикъ, парламентскія дуэли являются наименѣе извинительными изъ всѣхъ дуэлей. Это прежде всего обнаруживается уже изъ того факта, что „высшіе блюстители законности“ сами выступаютъ въ роли нарушителей закона. Это вноситъ, конечно, особый соблазнъ и имѣетъ деморализующее вліяніе на гражданъ. Но, кромѣ того, парламентскія дуэли имѣютъ и непосредственное вліяніе на функціонированіе самого парламента. Именно дуэль парламентская можетъ стать орудіемъ борьбы между разными партіями, особенно между большинствомъ и меньшинствомъ, и даже—между представителями правительства и неугодными ему депутатами,

при чемъ нерѣдко бываетъ такъ, что представители правительства прячутся въ этихъ случаяхъ за спины отдѣльныхъ депутатовъ. Парламентская дуэль, такимъ образомъ, является отрицаніемъ не только правового порядка, законности вообще—она заключаетъ въ себѣ и отрицаніе парламентскаго строя. Въ виду этого особо вреднаго вліянія парламентскихъ дуэлей, для борьбы съ ними недостаточны общія мѣры, какъ—уголовныя наказанія, антидуэльныя организаціи, суды чести и т. п.: необходимо ст. 10 пол. о выборахъ въ Гос. Думу дополнить постановленіемъ о лишеніи депутатскаго званія за участіе въ дуэли, при томъ—за участіе не только въ качествѣ дуэлянта, но и въ качествѣ секунданта. Вѣдь законъ устраняетъ, напр., отъ званія депутата неосторожнаго банкрота, который, съ точки зрѣнія правильнаго функціонированія парламента, безъ сомнѣнія, представляется гораздо менѣе опаснымъ, чѣмъ дуэлянтъ. Конечно, соотвѣтствующую статью слѣдуетъ внести въ учр. Гос. Думы. Участіе въ дуэли, иными словами, должно быть признано дѣяніемъ, порочащимъ депутата.

О. О. Грузенбергъ возражаетъ противъ предложеннаго докладчикомъ законопроекта. Если карать дуэль по послѣдствіямъ, то отъ наказанія уйдутъ основные, весьма важные моменты дуэли: вызовъ, „размѣнъ выстрѣловъ“ и т. д. Вѣдь, очевидно, что независимо отъ тѣхъ или иныхъ физическихъ послѣдствій дуэли, послѣдняя причиняетъ и сильную душевную тревогу, нерѣдко заставляетъ ликвидировать дѣла и т. п. Можно ли допустить безнаказанность причиненія столь важнаго моральнаго и матеріальнаго ущерба? Также трудно согласиться съ безнаказанностью дуэли и въ томъ случаѣ, если она не состоялась по независящимъ отъ участниковъ обстоятельствамъ, напримѣръ, если помѣшала полиція и т. п. Далѣе по системѣ докладчика остается внѣ наказанія и подстрекательство къ вызову, какъ таковое (487 ст. уг. ул.). Затѣмъ, представимъ себѣ, что дуэль имѣла тѣ или иныя послѣдствія для одного изъ дуэлянтовъ; возникаетъ вопросъ: какъ долженъ отвѣчать пострадавшій дуэлянтъ, если онъ не попалъ или не успѣлъ, или, наконецъ, не хотѣлъ попасть въ противника? Всѣ эти вопросы едва ли могутъ быть удовлетворительно разрѣшены съ точки зрѣнія предложенной докладчикомъ системы. Вообще, отрицаніе въ дуэли delictum sui generis—основная ошибка доклада. Такъ, прежде всего—можно ли въ дѣйствительности

говорить объ умышленномъ убійствѣ на дуэли? Если самый вызовъ на дуэль заслуживаетъ серьезнаго наказанія,—чего мы, къ сожалѣнію, не видимъ въ проектѣ докладчика, — то вѣдь нельзя упускать изъ виду, что съ того момента, какъ противники становятся другъ противъ друга, наступаетъ, въ сущности, состояніе самообороны! Съ этой точки зрѣнія, безусловно правильна система ул. о нак. и уг. ул., въ особенности же ст. ст. 481—488 уг. ул. представляются работой тщательной и глубоко обдуманной; нецѣлесообразна лишь установленная этими статьями система наказаній, и въ этомъ отношеніи нельзя не согласиться съ докладчикомъ. Въ частности, необходимо дополнить карательныя мѣры противъ дуэли денежнымъ взысканіемъ и, сверхъ того, ограниченіемъ правъ по государственной и общественной службѣ, иначе говоря, нужно ввести постановленіе о томъ, что участвующія въ дуэли лица лишаются вообще права занимать должности, какъ по назначенію, такъ и по выборамъ. Такое опороченіе лицъ, участвующихъ въ дуэли, безъ сомнѣнія, будетъ имѣть серіозное вліяніе на уменьшеніе числа дуэлей.

Въ заключеніе О. О. Грузенбергъ, коснувшись моральной стороны дуэли, указалъ на то, что сами защитники этого института въ большинствѣ случаевъ, несмотря на всѣ приводимые ими доводы въ пользу дуэли, въ сущности сознаютъ свое безсиліе оправдать этотъ отжившій предразсудокъ. И едва ли гдѣ-либо болѣе, чѣмъ въ отношеніи дуэли, примѣнимы слова Толстого: „Люди нашего времени еще могутъ жить языческой жизнью, но оправдать ее никто уже не въ состояніи“.

Е. М. Кулишеръ считаетъ совершенно правильнымъ предложенный докладчикомъ (5 и 6 тезисы доклада) путь законодательной борьбы съ дуэлью. Вѣдь создавать изъ дуэли delictum sui generis значитъ прежде всего заставлять судью провѣрять въ каждомъ случаѣ наличность дуэли, т. е.—соблюденія такихъ обычаевъ и правилъ, которые законъ a priori признаетъ нарушеніемъ права. Вѣдь съ такимъ же основаніемъ законодатель могъ бы выдѣлить въ качествѣ delictum sui generis убійство, совершенное изъ кровавой мести, и заставить судью, напримѣръ, на Кавказѣ провѣрять, насколько въ подлежащемъ случаѣ соблюдены „правила“ кровавой мести, дѣйствующія у того или иного кавказскаго племени. Очевидно, однако, что это поставило бы законодателя въ явное противорѣчіе съ са-

мимъ собой. Чтобы устранить такое же противорѣчіе изъ законодательства о дуэли, необходимо въ отношеніи послѣдней перейти отъ спеціальной карательной системы къ общимъ уголовнымъ мѣрамъ. Это не означаетъ, конечно, отрицанія особыхъ условій и мотивовъ, поскольку они въ дѣйствительности имѣютъ мѣсто въ дуэли. Но установленіе наличности такихъ условій и мотивовъ даннаго преступнаго дѣянія должно быть признано вопросомъ факта, и притомъ — совершенно независимо отъ того, совершено ли убійство на дуэли или нѣтъ. Создавать же въ самомъ законѣ, путемъ выдѣленія дуэли, какъ особаго деликта praesumptio juris et de jure, въ этомъ смыслѣ представляется совершенно неправильнымъ. Съ этой точки зрѣнія, докладчикъ, кладя въ основу своего проекта понятіе „убійства на поединкѣ", впадаетъ въ концѣ концовъ въ ту же непослѣдовательность. Дѣло не въ „поединкѣ", а въ дѣйствительной наличности извѣстныхъ смягчающихъ условій и мотивовъ преступленія; ихъ и нужно выдѣлить, а не „поединокъ", являющійся въ этомъ смыслѣ лишь фикціей. Только при упраздненіи въ законѣ этой praesumptio juris et de jure будетъ дѣйствительное соотвѣтствіе между рѣшеніемъ судьи и обстоятельствами дѣла.

М. П. Чубинскій, присоединяясь къ основной мысли доклада, горячо высказывается за энергичную борьбу съ дуэлью мѣрами превентивными и репрессивными. Такая борьба у насъ болѣе необходима и возможна, чѣмъ гдѣ-либо, такъ какъ дуэль у насъ выросла на почвѣ искусственной, чисто-подражательной и можетъ быть поистинѣ названа „чужеземнымъ цвѣткомъ". Въ самомъ дѣлѣ, нельзя согласиться съ мнѣніемъ, высказаннымъ здѣсь нѣкоторыми изъ оппонентовъ, о томъ, что дуэль вообще произошла отъ „Божьяго суда". Мнѣніе это представляется совершенно необоснованнымъ, ибо мы имѣемъ тутъ дѣло съ двумя разнородными институтами, связь между которыми отнюдь не доказана. Безусловно правильнѣе выводить обычай дуэли изъ рыцарскихъ традицій. Но если въ Западной Европѣ эти традиціи не только существовали, но и оставили глубокій слѣдъ въ исторіи, выразившійся, между прочимъ, въ созданіи обычая дуэли, то можно ли серьезно говорить о такихъ традиціяхъ у насъ, гдѣ вмѣсто гордыхъ и независимыхъ феодаловъ мы видимъ служилое дворянство, которое, напр., въ своихъ обращеніяхъ къ высшей власти

писало: „холопъ твой Ивашка челомъ бьетъ" и т. п.,—дворянство, до Петра не знавшее никакихъ дуэлей, но за то знавшее (почти вплоть до XIX в.) тѣлесныя наказанія, а также институтъ уплаты „безчестья" за обиды (въ томъ числѣ и тяжкія), или институтъ „выдачи головою", состоявшій въ насильственномъ приводѣ обидчика на дворъ къ обиженному для принудительнаго извиненія? Возможно ли было развиться у насъ традиціямъ дворянской чести, когда дворянина не только пороли вплоть до временъ Петра III и даже при Павлѣ (при томъ нерѣдко за одно лишь отсутствіе угодничества и лести), но даже жены и дочери дворянъ еще при Елизаветѣ подвергались кнутобитію какъ за общія преступленія, такъ, напр., и за соревнованіе съ императрицей въ туалетахъ... Даже правящій классъ не выработалъ у насъ никакихъ самостоятельныхъ традицій, о традиціяхъ же дворянства, какъ сословія, въ этомъ смыслѣ говорить и совсѣмъ не приходится: ихъ нѣтъ и слѣда въ нашей исторіи. Удивительно ли, что при такихъ условіяхъ дуэль у насъ оставалась совершенно неизвѣстной, пока она не принесена была къ намъ съ Запада законами Петра Великаго? Насколько, впрочемъ, и послѣ этого дуэль медленно и туго прививалась у насъ даже въ военной средѣ, видно хотя бы изъ „Капитанской дочки" Пушкина, гдѣ жена коменданта, оказывается, не имѣла никакого понятія о томъ, что такое дуэль... Какъ бы то ни было, однако, привившись въ арміи, дуэль съ теченіемъ времени распространилась и на высшіе слои дворянства и проникла даже и въ другіе классы населенія, поддерживаемая постепенно создавшимся и укрѣпившимся общественнымъ предразсудкомъ. При такихъ условіяхъ, т. е. при отсутствіи серіозной исторической почвы, питающей обычай дуэли, борьба съ послѣднимъ, конечно, становится значительно болѣе доступной и осуществимой. Спрашивается, однако, необходима ли вообще эта борьба: не правы ли тѣ, кто видитъ въ дуэли проявленіе благородства духа, высокаго сознанія личнаго достоинства и способности къ самоотверженной защитѣ своей или чужой чести? На это слѣдуетъ отвѣтить, что если бы даже эти доводы защитниковъ дуэли и были вѣрны, то уже одного того обстоятельства, что на дуэли побѣждаетъ часто не болѣе правый, а болѣе ловкій или болѣе счастливый, такъ что вмѣсто торжества правды и чести получается лишь вторичное грубое ихъ попраніе, было бы доста-

точно для рѣшительнаго осужденія дуэли и признанія ея зломъ, съ которымъ необходимо бороться. Далѣе, при оцѣнкѣ дуэли, нельзя игнорировать и тотъ фактъ, что на почвѣ развитія этого обычая расцвѣтаетъ такое отвратительное, глубоко отталкивающее явленіе, какъ брёттерство, когда наглые и буйные типы, научившіеся прекрасно владѣть оружіемъ, грубо и преступно пользуются этимъ, чтобы безъ всякаго повода, самымъ безцеремоннымъ образомъ, третировать и оскорблять своихъ ближнихъ. Это въ худшихъ, серіозныхъ случаяхъ. Рядомъ съ этимъ мы видимъ дуэли, близкія къ фарсу, столь частыя въ политическомъ и журнальномъ мірѣ Франціи. Здѣсь передъ нами уже нѣчто въ родѣ недостойной игры въ жизнь и смерть, имѣющей также, несомнѣнно, вредное вліяніе на общество.

Итакъ, дуэль, въ какихъ бы формахъ она ни проявлялась, представляется большимъ зломъ, съ которымъ необходимо рѣшительно и неустанно бороться, при чемъ борьба эта, какъ указываетъ и докладчикъ, должна вестись, конечно, не одними лишь отрицательными средствами: наоборотъ, центръ тяжести борьбы съ дуэлью долженъ быть перемѣщенъ на мѣры положительныя, превентивныя. Образованіе антидуэльныхъ лигъ и обществъ, широкое выясненіе вопроса о дуэли на каѳедрахъ и въ печати, энергичная борьба съ опоэтизированіемъ дуэли и пропаганда высокой и культурной идеи судовъ чести, — вотъ тѣ очередныя общественныя задачи, которыя уже выдвинуты на Западѣ и за которыя съ особой энергіей должны взяться мы. Въ частности же, весьма важную роль у насъ въ борьбѣ съ дуэлью могутъ сыграть *обязательные* третейскіе суды (на подобіе австрійскихъ судовъ между рабочими и предпринимателями), при томъ условіи, чтобы отказъ отъ разбора дѣла третейскимъ судомъ, повлекшій за собой дуэль, предусматривался въ законѣ, какъ обстоятельство, отягчающее вину, и наоборотъ — другая сторона, согласившаяся на такой судъ, должна пользоваться привилегированной отвѣтственностью, если дуэль состоялась.

Переходя, далѣе, къ репрессивнымъ мѣрамъ борьбы съ дуэлью, М. П. Чубинскій въ этомъ пунктѣ расходится съ предложеніями докладчика, поддержанными и нѣкоторыми изъ предъидущихъ оппонентовъ. Послѣдніе, между прочимъ, значительно сгустили краски при оцѣнкѣ дуэли съ точки зрѣнія

уголовной. Такъ, Н. Н. Львовъ, съ одной стороны, отрицалъ наличность дѣйствительнаго согласія дерущихся, считая его вынужденнымъ, вслѣдствіе давленія общественнаго предразсудка, а, съ другой стороны, доказывалъ отсутствіе у насъ общественнаго сочувствія къ дуэли, требуя въ виду этого безпощадной строгости къ дуэли со стороны законодателя. Здѣсь, однако, очевидно противорѣчіе, ибо если дѣйствительно общественное мнѣніе, относящееся сочувственно къ дуэли, столь „ничтожно“, то спрашивается, гдѣ же тотъ „гнетъ“, который умаляетъ значеніе согласія? Въ дѣйствительности, такой гнетъ несомнѣнно существуетъ, и онъ долженъ быть съ особою тщательностью учтенъ законодателемъ при установленіи справедливой и цѣлесообразной системы наказаній за дуэль. Вѣдь, даже при самомъ отрицательномъ отношеніи къ дуэли едва ли можно основательно оспаривать наличность въ ней особыхъ условій и мотивовъ. Прежде всего, нельзя не видѣть, что, несмотря на указанное выше отсутствіе у насъ историческихъ традицій дуэли, въ довольно широкихъ общественныхъ кругахъ все же живетъ предразсудокъ, въ силу котораго уклоненіе отъ дуэли при полученіи тяжкаго оскорбленія считается проявленіемъ трусости и встрѣчается одними съ презрѣніемъ, другими съ сожалѣніемъ и лишь весьма немногими съ открытымъ одобреніемъ. А мы знаемъ со временъ Тарда, какое громадное дѣйствіе оказываетъ на насъ законъ подражанія, заставляющій человѣка приспособляться къ соціальной средѣ и уступать ея давленію. Наша жизнь опутана тысячью условностей, часто нелѣпыхъ (вспомнимъ хотя бы дамскія моды, нерѣдко не только вредныя, но и уродливыя), но вырваться изъ-подъ гнета этихъ условностей далеко не легко, особенно же въ тѣхъ случаяхъ, когда въ дѣло замѣшаны вопросы чести. Вотъ почему, отнюдь не возводя дуэль на пьедесталъ, а, напротивъ, борясь съ нею самымъ энергичнымъ образомъ, слѣдуетъ, тѣмъ не менѣе, признать ея особую юридическую природу; необходимо помнить, что дуэль, сохраняя одну и ту же внѣшнюю форму, въ дѣйствительности, съ точки зрѣнія преступной воли ея участниковъ, можетъ имѣть совершенно различный характеръ, и что поэтому огульное приравненіе дуэли къ обыкновенному преступленію (въ зависимости отъ причиненныхъ ею послѣдствій) было бы крайне несправедливо. Вѣдь одно дѣло, напримѣръ, брёттерство, а другое—участіе въ

дуэли по слабости, подъ давленіемъ общественнаго предразсудка—того „гнета", который, по справедливому замѣчанію Н. Н. Львова, „тащитъ на дуэль хуже чѣмъ въ кандалахъ". Тутъ вѣдь—цѣлая пропасть: одинъ виновенъ въ преступномъ бравированіи своей отвагой за счетъ чужой жизни, а другой—лишь въ томъ, что не проявилъ героизма, иногда необходимаго, чтобы не поддаться этому „гнету". Можемъ ли мы утверждать, напр., что оскорбленный, не вызвавшій на дуэль, всегда встрѣтитъ ту общественную поддержку, въ которой онъ такъ нуждается? Нельзя поэтому ставить на одну доску столь различныя по существу дѣянія, объединяемыя подъ однимъ названіемъ „дуэль"; необходима самая широкая индивидуализація наказаній за дуэль, притомъ даже—и въ случаѣ смертнаго исхода. Съ этой точки зрѣнія, проектъ докладчика требуетъ соотвѣтствующихъ дополненій, заключающихся въ установленіи, рядомъ съ указаннымъ въ проектѣ максимумомъ наказаній, и весьма невысокаго минимума, и притомъ въ видѣ непозорящаго наказанія, т. е.—custodia honesta, не исключая и случаевъ со „смертнымъ исходомъ". Съ другой стороны, весьма желательно было бы усилить наказаніе за дуэль въ случаѣ „рецидива"; ибо рецидивизмъ особенно опасенъ именно въ области дуэли, и несомнѣнно, что спеціалисты дуэльнаго „дѣла" должны пользоваться особымъ вниманіемъ со стороны уголовнаго закона. Что же касается вопроса о секундантахъ и врачахъ, то оппонентъ рѣшительно несогласенъ съ мнѣніемъ князя Друцкого и М. Я. Острогорскаго. Не говоря о томъ, что исторія доказываетъ намъ безполезность уголовныхъ репрессій противъ секундантовъ, такъ какъ законъ въ этомъ случаѣ всегда остается мертвой буквой,—секунданты желательны и необходимы, какъ единственная гарантія отъ предательства на дуэли и неправильнаго ея веденія — гарантія, устраненіе которой было бы равносильно поощренію измѣнническої дуэли.

Предложенная система карательныхъ мѣръ противъ дуэли, благодаря широкой индивидуализаціи наказаній, даетъ возможность, съ одной стороны, энергично и безпощадно бороться съ темными элементами въ дуэли, а съ другой—справедливо учитывать особыя условія и мотивы дуэли, насколько они проявились въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

А. Г. Вороновъ присоединяется всецѣло къ положеніямъ М. П. Чубинскаго. Въ частности, въ дуэли необходимо раз-

личать „зачинщика“ отъ вынужденнаго принять участіе въ дуэли. Въ этомъ отношеніи ст.ст. 1503 и 1505 ул. о нак. представляются вполнѣ цѣлесообразными, устанавливая различное наказаніе въ зависимости отъ того, кѣмъ нанесена „обида“ или сдѣланъ „вызовъ“. Проектъ же докладчика съ этой точки зрѣнія нуждается въ дополненіяхъ.

Ю. Г. Малисъ также присоединяется къ соображеніямъ, высказаннымъ М. П. Чубинскимъ. Что касается, въ частности, требованій со стороны нѣкоторыхъ оппонентовъ наказанія для врача, присутствующаго на дуэли, то предложеніе это, помимо своей нецѣлесообразности по существу, находится въ противорѣчіи съ дѣйствующимъ нашимъ правомъ; ибо пока существуетъ ст. 1522 ул. о нак., не можетъ быть рѣчи о привлеченіи врача къ отвѣтственности за „соучастіе“ въ дуэли.

В. Н. Новиковъ, отказавшись за позднимъ временемъ отъ участія въ преніяхъ, вноситъ предложеніе о передачѣ проекта докладчика въ редакціонный комитетъ уголовнаго отдѣленія юридическаго общества для дальнѣйшей его разработки и примиренія по возможности различныхъ обнаружившихся въ преніяхъ теченій.

Докладчикъ В. Д. Набоковъ присоединяется къ этому предложенію, въ виду того обстоятельства, что оппоненты, вполнѣ сочувствующіе основной мысли доклада, высказались въ противоположныхъ направленіяхъ относительно предложенныхъ въ докладѣ законодательныхъ мѣръ. Вслѣдствіе этого, возникаютъ серіозныя сомнѣнія относительно приложеннаго къ докладу проекта, и онъ долженъ быть подвергнутъ дальнѣйшей разработкѣ.

По произведенному затѣмъ голосованію была единогласно принята резолюція Новикова въ слѣдующемъ видѣ:

„Присоединяясь къ основной мысли доклада В. Д. Набокова и имѣя въ виду, что проектируемыя имъ законодательныя постановленія о дуэли не исключаютъ необходимости въ дальнѣйшей разработкѣ вопроса о законодательной борьбѣ съ дуэлью, юридическое общество постановляетъ передать этотъ законопроектъ въ редакціонный комитетъ уголовнаго отдѣленія юридическаго общества“.

По оглашеніи резолюціи, *предсѣдатель А. А. Жижиленко* отъ имени собранія вновь выразилъ благодарность докладчику, которому публика, съ своей стороны, устроила овацію, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

20 октября 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества, *В. Д. Кузьмина-Караваева.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества, *І. В. Гессена*: „*Конституціонное законодательство* (анализъ продолженія Свода Законовъ Россійской Имперіи 1908 г.)".

По открытіи засѣданія предсѣдатель *В. Д. Кузьминъ-Караваевъ* обратился къ присутствующимъ со слѣдующимъ предложеніемъ: „Во время перерыва въ запятіяхъ юридическаго общества скончался бывшій предсѣдатель, старѣйшій членъ общества, Эдуардъ Яковлевичъ Фуксъ. Въ тяжелые въ жизни общества девяностые годы Эдуардъ Яковлевичъ, во многомъ содѣйствовалъ работѣ общества и оживилъ дѣятельность уголовнаго отдѣленія, предсѣдателемъ котораго онъ въ то время состоялъ. Ему обязано общество возможностью детально разработать 35 главу проекта новаго уложенія. Послѣ смерти Николая Ивановича Стояновскаго, Эдуардъ Яковлевичъ былъ избранъ предсѣдателемъ юридическаго общества. На этомъ посту онъ попрежнему энергично продолжалъ свою дѣятельность. При немъ и благодаря ему была осуществлена реорганизація изданія журнала юридическаго общества. Предлагаю почтить его память вставаніемъ".

„13 октября исполнилось 25 лѣтъ адвокатской дѣятельности бывшаго предсѣдателя первой Государственной Думы, почетнаго члена юридическаго общества, Сергѣя Андреевича Муромцева. Ко дню юбилея Совѣтомъ общества была послана

привѣтственная телеграмма. Позвольте огласить полученный отвѣтъ“.

Затѣмъ слово предоставляется І. В. Гессену, приступившему къ изложенію своего доклада.

I.

Прошлой зимой я имѣлъ честь представить петербургскому юридическому обществу докладъ о, такъ называемой, кодификаціи, совершаемой нашей государственной канцеляріей. Я старался выяснить, что кодификаторы выходятъ далеко за предѣлы тѣхъ полномочій, которыя имъ отведены закономъ, что вмѣсто того, чтобы заниматься распредѣленіемъ и систематизаціей текущаго законодательнаго матеріала, они систематически занимаются обезцвѣченіемъ закона, вынимаютъ изъ него живую душу и тѣмъ существенно измѣняютъ его смыслъ.

Рѣчь шла тогда о сводномъ продолженіи 1906 г., въ которомъ были кодифицированы преимущественно акты переходнаго времени. Какъ извѣстно, эти акты, рѣзко порывая съ прошлымъ, устанавливали новыя отправныя точки, намѣчали новые пути, идя по которымъ, Россія должна была перейти въ новое зданіе государственности, превратиться въ правовое государство. Такъ какъ всѣ эти акты по своему содержанію находились въ непримиримомъ противорѣчіи съ устарѣлымъ и отжившимъ сводомъ законовъ и именно потому, что акты эти устанавливали только основные принципы, дальнѣйшее развитіе коихъ предоставлялось самой жизни, было совершенно очевидно, что задача кодификаторовъ по отношенію къ нимъ могла заключаться только въ томъ, чтобы собрать ихъ воедино, укрѣпить ихъ взаимной связью и тѣмъ облегчить задачу систематическаго толкованія. Но гг. кодификаторы взглянули на свою задачу совершенно иначе. Не считаясь съ тѣмъ, что эти акты основаны были на совершенно новыхъ принципахъ, непримиримо противорѣчащихъ принципамъ свода, что они взаимно другъ друга исключаютъ, кодификаторы задумали слить ихъ воедино и растворили въ бездонномъ морѣ 16 томовъ свода законовъ всѣ эти блѣдные и слабые элементы новаго строя.

До чего безпредѣльно было ихъ стремленіе въ этомъ отношеніи и какихъ результатовъ они успѣли достигнуть, объ этомъ

можно судить по тому, что, напримѣръ, благодаря кодификаціи закона о свободѣ печати, явочный порядокъ по своду законовъ былъ отмѣненъ, и на изданіе газеты по смыслу продолженія 1906 г. приходится испрашивать разрѣшеніе. А законъ о свободѣ собраній былъ помѣщенъ въ приложеніи къ примѣчанію къ той статьѣ „устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій", которая воспрещаетъ производить напрасныя набатныя тревоги.

Но, говорятъ намъ гг. кодификаторы въ предисловіи къ изданію 1906 г.,—передъ ними стояла болѣе серіозная задача. Они считали нужнымъ провести рѣзкую грань между старымъ и новымъ законодательными порядками. Они считали нужнымъ подвести итоги доконституціонному законодательству и отдѣлить все, что было издано до 27 апрѣля 1906 г., до момента созыва первой думы, отъ того, что будетъ издано послѣ. Трудно понять собственно, почему эта задача требовала принесенія такой огромной жертвы, но къ этому вопросу я больше возвращаться уже не буду. Я хочу сказать, что сама по себѣ эта задача, какъ я уже указывалъ въ своемъ предыдущемъ докладѣ, несомнѣнно представлялась настоятельно необходимой, это была задача высокой важности.

Введеніе конституціоннаго строя, строго говоря, воплощается въ измѣненіи законодательнаго порядка. Безъ особенной натяжки можно сказать, что оно этимъ исчерпывается. Все остальное—и гражданскія свободы: свобода собраній, свобода печати, и бюджетное право, и право надзора за администраціей—все это въ сущности является лишь логически неизбѣжнымъ выводомъ изъ основного момента — участія народнаго представительства въ законодательствѣ страны. Здѣсь, въ этомъ моментѣ, какъ въ оптическомъ фокусѣ, собираются всѣ лучи правового строя и, преломляясь сквозь него, посылаютъ странѣ свой благодѣтельный свѣтъ и тепло. И манифестъ 17 октября не потому сталъ историческимъ документомъ, не потому создалъ эпоху въ исторіи Россіи, что на этотъ разъ обѣщалъ не простую, а дѣйствительную неприкосновенность личности, и не потому даже, что онъ призывалъ къ участію въ выборахъ новые слои населенія, а потому, что въ пунктѣ 4-мъ было постановлено, какъ незыблемое правило, что отнынѣ никакой законъ не можетъ воспріять своей силы безъ одобренія государственной думы и государственнаго совѣта.

Очевидно, что при такомъ важномъ, высокомъ значеніи законовъ въ конституціонномъ строѣ и отношеніе къ нимъ должно

быть особо бережное, я сказалъ бы—благоговѣйное. Вотъ почему самая задача, поставленная себѣ кодификаторами, была совершенно правильна. Разъ совершился такой глубокій внутренній переворотъ, онъ не можетъ не отразиться во-внѣ, онъ долженъ запечатлѣться и на формахъ и способахъ изданія законовъ.

II.

Теперь передъ нами первый опытъ разрѣшенія этой задачи. Государственная канцелярія съ Высочайшаго соизволенія выпустила продолженіе свода законовъ Россійской имперіи 1908 г., въ которомъ подведены первые итоги двухлѣтнему конституціонному законодательству.

Прежде всего поражаетъ взглядъ то обстоятельство, что самый сборникъ этотъ не является чѣмъ-то новымъ—онъ попрежнему носитъ названіе продолженія. Оказывается, что никакой грани между старымъ и новымъ порядками во-внѣ не имѣется. Государственная канцелярія подняла только нить, которая была брошена въ 1906 г., и протянула ее въ обновленный строй, стирая всякія вѣхи.

И надо сказать, что она поступила совершенно правильно, ибо если бы она сдѣлала иначе, то новый внѣшній видъ совершенно не отвѣчалъ бы внутреннему содержанію. По внутреннему содержанію данное продолженіе рѣшительно ничѣмъ не отличается отъ всѣхъ прежнихъ сборниковъ. Попрежнему и въ этой работѣ замѣчается совершенное отсутствіе какой бы то ни было руководящей идеи, какой-нибудь опредѣленной нити.

Приходится, чтобы не быть голословнымъ, привести два-три примѣра; въ числѣ другихъ реформъ, произведенныхъ за это время, между прочимъ, городъ Новый Маргеланъ былъ переименованъ въ Скобелевъ. Какъ бы ни оцѣнивать эту реформу, во всякомъ случаѣ надо признать, что особой сложностью она не отличается и что для кодификаторовъ она никакихъ затрудненій не могла представить: стоило только замѣнить въ подлежащихъ статьяхъ слова Новый Маргеланъ словомъ Скобелевъ—и кодификаціонная задача была бы исчерпана. Но гг. кодификаторы не посягаютъ на букву закона, поэтому, вмѣсто простой замѣны словъ, они къ каждой статьѣ закона, въ которой упоминается о Новомъ Маргеланѣ, прибавляютъ примѣчаніе: „городъ Новый Маргеланъ пере-

именованъ въ Скобелевъ". Такимъ образомъ это примѣчаніе повторяется безконечное число разъ. Объ этой реформѣ мы узнаемъ, между прочимъ, изъ устава ученыхъ и учебныхъ заведеній: казалось бы, какое дѣло уставу ученыхъ и учебныхъ заведеній до того, что г. Новый Маргеланъ переименованъ въ Скобелевъ? Но дѣло объясняется просто: въ ст. 396 упоминается о ново-маргеланской женской гимназіи, а вмѣсто того, чтобы назвать ее скобелевской, дѣлается нарочитое примѣчаніе, что Новый Маргеланъ переименованъ въ Скобелевъ.

Такъ какъ подобныхъ реформъ за это время совершено много, то продолженіе пестритъ такими примѣчаніями. Я укажу, напримѣръ, на переименованіе капитана порта въ командира порта, на переименованіе должности тургайскаго военнаго губернатора въ должность губернатора и т. д. Но наряду съ такимъ раболѣпствомъ передъ буквой закона, кодификаторы обнаруживаютъ въ случаяхъ болѣе серьезныхъ прямо изумительную смѣлость. Напримѣръ, въ X томѣ существовала и существуетъ статья 576-я, которая регулируетъ вопросъ о принудительномъ отчужденіи имуществъ на государственныя надобности. Въ 1903 г. по этому вопросу были изданы дополнительныя правила спеціально о подъѣздныхъ путяхъ. Когда кодифицировали продолженіе 1906 г., то это узаконеніе 1903 г. о порядкѣ принудительнаго отчужденія для подъѣздныхъ путей помѣстили подъ ст.ст. 595_1 и 595_2. При кодификаціи 1908 г. гг. кодификаторы уничтожили эти статьи, показавъ ихъ исключенными, между тѣмъ какъ никакихъ законодательныхъ измѣненій за это время не произошло, и отсылаютъ, вмѣсто этихъ статей, которыя кодифицируютъ новыя правила 1903 г., къ ст. 576, которая существовала до изданія этихъ правилъ и осталась совершенно неизмѣненной.

Сопоставленіе этихъ двухъ случаевъ ясно указываетъ, что никакой руководящей идеи здѣсь не имѣется. Но все-таки въ данномъ случаѣ сопоставлены два отдѣльныхъ примѣра и изъ сопоставленія сдѣланъ выводъ. Но вотъ другой примѣръ, который рисуетъ, въ какомъ безотрадномъ состояніи находится вопросъ о кодификаціи. Въ 1905 г. былъ упраздненъ комитетъ министровъ и дѣла его переданы въ совѣтъ министровъ. По отношенію къ этой реформѣ государственная канцелярія оказалась болѣе смѣлой и въ соотвѣтствующихъ статьяхъ, гдѣ говорится о комитетѣ министровъ, она замѣнила слова „комитетъ министровъ" словами „совѣтъ министровъ". Но остался одинъ редакторъ (XIII тома),

который на это, повидимому, не согласился и потому въ уставѣ объ обезпеченіи народнаго продовольствія нашлась ст. 89 (прим.), къ которой удалось прибавить примѣчаніе, что комитетъ министровъ упраздненъ.

Далѣе, въ продолженіи можно найти безконечное число повтореній. Одна и та же статья повторяется безъ всякихъ измѣненій въ разныхъ уставахъ, а между тѣмъ законъ 5 ноября 1885 г. о порядкѣ кодификаціи спеціально оговариваетъ повторенія и ставитъ одной изъ задачъ каждаго новаго изданія свода пересмотръ его въ этомъ отношеніи и исключеніе такихъ повтореній.

Такъ, напримѣръ, въ уставѣ о службѣ въ ст. 404_2 говорится: „министру народнаго просвѣщенія предоставляется, впредь до разработки нормальнаго типа женскихъ учительскихъ семинарій, приглашать на службу въ женскія учительскія семинаріи лицъ женскаго пола“. Буквально эта же статья помѣщена рядомъ въ уставѣ пенсіонномъ, который тоже входитъ въ III томъ.

Въ продолженіи имѣется цѣлый рядъ статей, которыя не содержатъ въ себѣ, вообще, никакой законодательной нормы, а только повелѣнія и инструкціи о выработкѣ такой нормы. Напримѣръ, въ уставѣ ученыхъ и учебныхъ заведеній въ ст. 399 вставлено примѣчаніе 2-е, которое говоритъ: „Поручить министрамъ и главноуправляющимъ отдѣльными частями, имѣющимъ въ своемъ вѣдѣніи высшія учебныя заведенія, озаботиться изданіемъ по взаимному между собою соглашенію единообразныхъ правилъ и т. д.“. Это приказаніе, обращенное къ министрамъ, вставляется въ сводъ законовъ, при чемъ гг. кодификаторы не удовлетворяются тѣмъ, что оно стоитъ въ уставѣ ученыхъ и учебныхъ заведеній и помѣщаютъ его въ такомъ же видѣ и въ уставъ паспортный, въ примѣчаніе къ ст. 20-й, такъ какъ въ этой статьѣ говорится о выдачѣ паспортныхъ книжекъ.

III.

Приведенныхъ примѣровъ вполнѣ достаточно для того, чтобы подтвердить высказанныя уже давно проф. Коркуновымъ слова, что сводъ законовъ представляетъ „картину медленнаго, но неуклоннаго внутренняго распаденія“. Я не буду поэтому приводить дальнѣйшіе примѣры и перейду къ выясненію другой черты настоящаго продолженія, которая, повидимому, составляетъ его особенность.

Какъ показываетъ самое названіе „Продолженіе“, въ него должно быть включаемо текущее законодательство, т. е. тѣ узаконенія, которыя появились съ момента выхода предыдущаго изданія вплоть до нынѣшняго. Именно такъ и говоритъ законъ 5 ноября 1885 г., о которомъ упоминалось выше. Между тѣмъ, если просмотрѣть настоящее „Продолженіе“, то нетрудно убѣдиться, что почти на каждой страницѣ къ приведеннымъ въ немъ статьямъ имѣются подстрочныя ссылки на узаконенія, которыя состоялись до изданія предыдущаго узаконенія, т. е. до 27 апрѣля 1906 г. Сравнивая же это „Продолженіе“ съ предыдущимъ, дѣйствительно нетрудно убѣдиться, что тѣ статьи, которыя сюда включены, уже имѣются въ томъ „Продолженіи“, уже были кодифицированы своевременно, и за это время по отношенію къ даннымъ статьямъ никакихъ законодательныхъ измѣненій не произошло. Между тѣмъ, если сравнить тѣ статьи съ этими, то окажется, что въ настоящемъ „Продолженіи“ онѣ показаны въ измѣненномъ видѣ.

При первомъ взглядѣ на это можетъ придти въ голову мысль, что столь странное явленіе объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что, какъ извѣстно, „Продолженіе“ 1906 г. составлено было съ чрезвычайно грубыми ошибками, и ошибки эти признаны были настолько существенными, что явилась необходимость ихъ исправить. Но само собой разумѣется, что такая мысль долго въ мозгу задержаться не можетъ. Вѣдь никакому сомнѣнію не подлежитъ, что „ошибки“, которыя были допущены въ предыдущемъ „Продолженіи“, были вызваны совершенно опредѣленной тенденціей уравнять юридическое состояніе съ фактическимъ положеніемъ вещей, а такъ какъ эта тенденція съ того времени превратилась въ стремительный потокъ, то едва ли, конечно, можно было бы предположить,—это было бы слишкомъ наивно, чтобы гг. кодификаторы желали поставить здѣсь какія-нибудь преграды.

Среди тѣхъ измѣненій, которыя встрѣчаются въ настоящемъ „Продолженіи“, имѣются, впрочемъ, и политически совершенно безобидныя. Такъ, напримѣръ, съ нѣкотораго времени у насъ стали допускаться женщины на службу по вольному найму въ различныя министерства. Это допущеніе произошло не сразу, а постепенно, по мѣрѣ того, какъ тотъ или другой министръ собственнымъ умомъ доходилъ до возможности допустить эту реформу. Вслѣдствіе этого въ собраніи узаконеній накопился цѣлый рядъ отдѣльныхъ, совершенно однородныхъ узаконеній, предо-

ставляющихъ тому или другому министру право принимать на службу въ соотвѣтствующія вѣдомства женщинъ по вольному найму. Когда кодификаторы 1906 года столкнулись съ цѣлымъ рядомъ такихъ узаконеній, то, естественно, они попытались ихъ собрать, что было нетрудно, и составили ст. 157 въ томѣ III, въ которой и указывалось, что „морской министръ, министръ путей сообщенія, главноуправляющій земледѣліемъ, государственный контролеръ и т. д.—имѣютъ право по своему усмотрѣнію опредѣлять, на какія именно должности по вольному найму могутъ быть допущены женщины“. Опять таки за это время, съ 1906 г., никакихъ измѣненій не произошло, но гг. кодификаторы 1908 г. нашли, что эта статья не подходитъ къ общему характеру свода, они ее опять расчленили и теперь получилась такая статья: „министру путей сообщенія предоставляется ближайшимъ образомъ опредѣлить, въ какомъ именно управленіи казенныхъ дорогъ, въ какомъ количествѣ и для исполненія какихъ работъ могутъ быть допущены женщины“, „главноуправляющему землеустройствомъ и земледѣліемъ предоставляется ближайшимъ образомъ опредѣлить, въ какомъ числѣ и на какія должности могутъ быть допущены женщины и т. д.“, „министру юстиціи предоставляется и т. д.“, „государственному контролеру предоставляется ближайшимъ образомъ и т. д. къ занятіямъ въ учрежденіяхъ государственнаго контроля“.

Очевидно, гг. кодификаторы думаютъ, что если можно заботиться о томъ, чтобы не нарушать гармоніи, то слѣдуетъ заботиться и о томъ, чтобы не нарушить того хаоса, который господствуетъ въ сводѣ законовъ.

IV.

Но эти измѣненія безобидныя, и на нихъ мы останавливаться не будемъ. Есть измѣненія гораздо болѣе серьезныя, и никто не удивится, если я скажу, что они относятся главнымъ образомъ къ учрежденіямъ министерствъ, ибо вѣдь это и есть „святая святыхъ“ нашей самодержавной бюрократіи, ея „nolli me tangere“. Они не позволяютъ никому вмѣшиваться сюда и сами предпочитаютъ опредѣлять предѣлы или, лучше сказать, безпредѣльность своихъ полномочій. Здѣсь имѣются примѣры дѣйствительно чрезвычайно любопытные.

Въ сводѣ законовъ до 1906 г. существовала статья (ст. 162

учр. мин.), которая гласила такъ: „Объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующихъ законовъ министры и главноуправляющіе отдѣльными частями входятъ съ представленіемъ въ законодательномъ порядкѣ, не иначе, какъ испрашивая на то предварительное Высочайшее Его Императорскаго Величества разрѣшеніе". Такимъ образомъ по смыслу этой статьи наши министры были лишены законодательной иниціативы: они являлись только исполнителями порученій верховной власти, а сами иниціативы внесенія законовъ въ прежній государственный совѣтъ не имѣли. Въ „Продолженіи" 1906 г. эта статья показана исключенной. Такимъ образомъ по смыслу этого свода, министры съ введеніемъ обновленнаго строя, пріобрѣли законодательную иниціативу. Судя по тѣмъ ссылкамъ, которыя были въ „Продолженіи" 1906 г. подъ этой статьей сдѣланы, гг. кодификаторы исходили изъ предположенія, что разъ въ учрежденіи думы сказано, что проекты въ государственную думу поступаютъ либо изъ комиссій, либо изъ государственной канцеляріи, либо отъ министровъ, то этимъ устанавливается значитъ за министрами законодательная иниціатива. Но въ 1908 г. опять возстановлена прежняя ст. 162 и, такимъ образомъ, съ 1908 г. наши министры по „Продолженію" свода законовъ опять лишены законодательной иниціативы.

Я сейчасъ не буду разсматривать, какое изъ этихъ постановленій болѣе правильно. Думаю лично, что правильно постановленіе прежней ст. 162, т. е. что министры не имѣютъ законодательной иниціативы. Но вѣдь, во всякомъ случаѣ, не отвлекаясь въ споръ объ этомъ, можно констатировать съ несомнѣнностью то, что можетъ быть правильно только одно изъ этихъ постановленій—оба не могутъ быть правильными, ибо они противорѣчатъ, исключаютъ одно другое. И вотъ, въ такомъ важномъ вопросѣ, какъ вопросъ законодательной иниціативы министровъ, безъ всякихъ законодательныхъ измѣненій по этому предмету, государственная канцелярія то присвоятъ министрамъ законодательную иниціативу, то отнимаетъ ее у нихъ. Надо еще замѣтить, что этотъ вопросъ имѣетъ огромное практическое значеніе. Напримѣръ, сейчасъ, какъ извѣстно, чуть ли не ежедневно гг. министры обращаются къ предсѣдателю государственной думы съ просьбами о возвращеніи тѣхъ или другихъ изъ внесенныхъ ими въ думу законопроектовъ. Если министры не имѣютъ законодательной иниціативы, а являются только исполнителями порученій верховной власти, то на эти письма, обращенныя непо-

средственно отъ министровъ къ предсѣдателю государственной думы, предсѣдатель государственной думы, очевидно, долженъ отвѣчать отказомъ, ибо только въ томъ случаѣ, если бы министръ сослался на Высочайшее повелѣніе, предписывающее ему изъять этотъ законопроектъ, таковой подлежалъ бы возвращенію. Если же допустить, что министры имѣютъ законодательную иниціативу, то, имѣя право внести законопроектъ, они имѣютъ право и взять его обратно по своему усмотрѣнію.

Другой примѣръ не менѣе любопытенъ. Существовала въ сводѣ законовъ до конституціи ст. 169, которая говорила: „Всѣ указы и повелѣнія Государя Императора, принадлежащіе къ общему свѣдѣнію и исполненію и по существу своему слѣдующіе ко внесенію въ полное собраніе или сводъ законовъ, немедленно по утвержденіи Его Императорскимъ Величествомъ и надлежащемъ, кому слѣдуетъ, объявленіи, должны быть доставляемы въ государственную канцелярію за надлежащимъ подписаніемъ“. Въ 1906 г., вмѣсто словъ „за надлежащимъ подписаніемъ“, было сказано „за надлежащей скрѣпой“. Вѣроятно, потому что скрѣпа напоминаетъ контръассигнованіе и пахнетъ иностраннымъ цвѣткомъ, гг. кодификаторы, рѣшаясь внести это измѣненіе, считали нужнымъ оградить себя отъ нареканій и включили тутъ же въ скобкахъ оговорку „сравни законы основные 1906 г. ст. 24“. Вмѣсто того, чтобы, какъ обыкновенно, сдѣлать подстрочную ссылку петитомъ на соотвѣтствующее узаконеніе,—они здѣсь же, въ скобкахъ, поспѣшили защитить себя ссылкой на „законы основные“. Дѣйствительно, въ законахъ основныхъ, которые по сію пору формально не отмѣнены, въ ст. 24 сказано, что каждый законъ, препровождаемый въ государственную канцелярію, „долженъ быть за надлежащей скрѣпой“. Государь Императоръ пишетъ на законопроектѣ „быть по сему“, а удостовѣряется эта надпись скрѣпой государственнаго секретаря. Но хотя ст. 24 не отмѣнена, тѣмъ не менѣе въ „Продолженіи“ 1908 г., по совершенно необъяснимой причинѣ, приведенное измѣненіе уничтожено, и возстановлена буквально прежняя статья свода законовъ, существовавшая до конституціи.

Но, несомнѣнно, самое любопытное и вмѣстѣ съ тѣмъ самое важное измѣненіе касается ст. 174 того же учрежденія министерствъ. Въ этой статьѣ говорилось: „гдѣ законы и учрежденія недостаточны... тамъ дѣла предоставляются на Высочайшее усмотрѣніе черезъ комитетъ министровъ“. Эта статья имѣетъ своимъ источникомъ узаконеніе еще 1811 г. и съ тѣхъ поръ въ нее не

вносилось никакихъ измѣненій. Совершенно ясно, что эта статья воплощаетъ въ себѣ, такъ сказать, всю сущность неограниченной монархіи, что она и есть та статья, которая уничтожаетъ всякій правовой порядокъ, подрываетъ основы законы. Ибо, строго говоря, нѣтъ ни одного житейскаго случая, ни одного правоотношенія житейскаго, которое бы соотвѣтствовало закону. Всякое житейское правоотношеніе всегда богаче, красочнѣе, полнѣе, индивидуальнѣе закона, который беретъ типическія только черты. Отношеніе между закономъ и житейскими правоотношеніями—это отношеніе между скелетомъ и живымъ организмомъ. И поэтому нѣтъ того случая, относительно котораго нельзя было бы сказать, что онъ разрѣшается закономъ; нѣтъ того случая, относительно котораго нельзя было бы сказать, что „законы и учрежденія для разрѣшенія его недостаточны". Нѣтъ того случая,—если не поставить обратнаго правила, что никакого недостатка законовъ не существуетъ и что, при недостаткѣ законовъ, судьи обязаны разрѣшать дѣло по аналогіи. Вотъ почему эта статья является источникомъ такъ называемой диспенсаціи, которая, мы знаемъ, въ прежнемъ строѣ примѣнялась безгранично. Поэтому, само собой разумѣется, что когда была введена конституція и когда кодификаторы 1906 г. столкнулись съ этой статьей, то они ее въ сводѣ законовъ оставить безъ измѣненія не могли, такъ какъ она противорѣчитъ конституціонному строю.

Ее можно было бы, конечно, и совсѣмъ изъять, такъ какъ все, что составляетъ прерогативу монарха въ этомъ отношеніи, опредѣлено въ основныхъ законахъ въ цѣломъ рядѣ статей. Но гг. кодификаторы поступили иначе — они ее только измѣнили, приспособили къ новому строю и, вмѣсто словъ „гдѣ законы и учрежденія недостаточны", они сказали: „когда предметъ требуетъ Высочайшаго разрѣшенія или утвержденія въ порядкѣ верховнаго управленія, тогда дѣла и т. д. представляются на Высочайшее усмотрѣніе черезъ совѣтъ министровъ". Въ такомъ видѣ эта статья, конечно, уже не являлась противорѣчіемъ новому порядку, ибо она касается только верховнаго управленія, которое по смыслу основныхъ законовъ является подзаконнымъ. Слѣдовательно, поднесеніе къ Высочайшему утвержденію отдѣльныхъ случаевъ на разрѣшеніе можетъ состояться только въ порядкѣ или предѣлахъ существующихъ законовъ.

Каково же должно быть наше удивленіе, когда мы видимъ изъ настоящаго продолженія свода законовъ, что эта статья, опять-

таки безъ всякихъ законодательныхъ измѣненій, безъ того, чтобы въ теченіе двухъ лѣтъ съ ней что-нибудь совершалось въ законодательномъ порядкѣ, измѣнена и измѣнена въ томъ смыслѣ, что она полностью возстановлена въ прежнемъ своемъ видѣ. Такимъ образомъ теперь при конституціонномъ порядкѣ у насъ имѣется статья, которая говоритъ о томъ, что „гдѣ законы и учрежденія недостаточны, тамъ предоставляются дѣла на Высочайшее усмотрѣніе“, иначе говоря устанавливается право неограниченной диспенсаціи монарха, и мы знаемъ (сошлюсь на памятную рѣчь барона Мейендорфа въ государственной думѣ), что этимъ правомъ и теперь пользуются широко.

V.

Такова картина, которую представляетъ настоящее продолженіе свода законовъ. Должно признаться, что то тяготѣніе, которое гг. кодификаторы обнаруживаютъ, начиная еще съ 1906 г., является вполнѣ естественнымъ, вполнѣ понятнымъ, я чуть-было не сказалъ — вполнѣ законнымъ. Для того, чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только перейти отъ разсмотрѣнія того, какъ они кодифицировали, къ разсмотрѣнію того, что имъ пришлось кодифицировать.

Какъ извѣстно, наши государствовѣды долго вели споръ о томъ, что такое законъ. Дѣйствительно, въ абсолютистскомъ государствѣ понятіе закона опредѣлить невозможно, и всѣ усилія такихъ умовъ, какъ Градовскій, Коркуновъ и другіе, установить какіе-нибудь опредѣленные признаки понятія законъ, дать ему какое-нибудь опредѣленіе и отграничить его отъ другихъ юридическихъ актовъ,— оказывались безплодными. И уже наканунѣ введенія конституціи, въ манифестѣ 12 декабря 1904 г., признано было оффиціально, что дѣйствительно законности у насъ не существуетъ и что необходимо принять какія-нибудь мѣры къ укрѣпленію ея. Когда во исполненіе этого Высочайшаго повелѣнія государственный совѣтъ обратился къ разсмотрѣнію даннаго вопроса, то въ соображеніяхъ своихъ въ Высочайше утвержденномъ 6 іюня 1905 г. мнѣніи, разсуждалъ такъ: „Имперія россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ. Это коренное начало вызываетъ необходимость точнаго опредѣленія признаковъ, при наличности коихъ велѣнія верховной власти воспринимаютъ силу закона. Между тѣмъ изложеніе нѣкоторыхъ,

касающихся сего предмета, постановленій основныхъ законовъ до сего времени остается недостаточно опредѣлительнымъ". Къ устраненію этого несовершенства и направлено было предположеніе установить внѣшніе признаки закона и тѣмъ отграничить законодательную дѣятельность отъ распоряженій въ порядкѣ верховнаго управленія. Но само собой разумѣется, что и это запоздалое признаніе тоже ни къ чему не привело бы, и эта попытка государственнаго совѣта установить прочное понятіе закона оказалась бы точно также совершенно безплодной, но въ это время была введена конституція. Введеніе представительнаго строя сразу ликвидируетъ острый споръ. Въ представительномъ строѣ понятіе закона въ формальномъ смыслѣ уже не вызываетъ никакихъ сомнѣній. И у насъ въ основныхъ законахъ прямо говорится, что „ни одинъ законъ не можетъ воспріять силы безъ одобренія государственной думы и государственнаго совѣта". Отсюда ясно, что закономъ въ формальномъ смыслѣ можетъ быть названо только то, что было разсмотрѣно и одобрено палатами и удостоилось Высочайшаго утвержденія. Таковъ первый тезисъ, который не оставляетъ никакихъ сомнѣній. Съ другой стороны,—та книга, о которой все время идетъ рѣчь, называется продолженіемъ свода законовъ. Если книга называется сводомъ законовъ, то, очевидно, въ нее могутъ быть помѣщаемы только законы. Что такое законъ, мы теперь уже знаемъ, и можно надѣяться, что въ продолженіи мы встрѣтимъ только законопроекты, которые прошли послѣдовательно черезъ думу и совѣтъ и удостоились Высочайшаго утвержденія.

Между тѣмъ, если бѣгло перелистать эту книгу, то нетрудно убѣдиться, что ничего похожаго на это нѣтъ, что въ дѣйствительности акты, прошедшіе черезъ думу и совѣтъ, составляютъ въ ней ничтожную крупицу и совершенно теряются въ массѣ другихъ статей, подъ которыми имѣются ссылки на положеніе совѣта министровъ, на положенія военнаго совѣта, на положенія адмиралтействъ-совѣта или на Высочайшія повелѣнія. Такимъ образомъ почти вся эта книга наполнена такими актами, которые отнюдь не составляютъ законовъ и которые, какъ акты подзаконные, могутъ быть изданы только въ предѣлахъ существующихъ законовъ. Слѣдовательно, настоящее продолженіе, по своему содержанію, совершенно не соотвѣтствуетъ требованіямъ законовъ, прямо ихъ нарушаетъ и идетъ съ ними въ разрѣзъ.

Но, надо это сказать, положеніе государственной канцеляріи

было затруднительное: она имѣла передъ собою законъ, на который я уже неоднократно ссылался, — законъ 5 ноября 1885 г. о порядкѣ кодификаціи, который до сихъ поръ оставался формально неотмѣненнымъ. По смыслу этого закона въ сводъ законовъ должны быть включаемы, независимо отъ законовъ, Высочайшія повелѣнія, состоявшіяся въ порядкѣ верховнаго управленія, пояснительныя постановленія, удостоившіяся Высочайшаго утвержденія, даже сенатскіе указы и циркуляры министровъ, имѣющіе общеобязательное значеніе.

Правда, въ томъ же законѣ 5 ноября 1885 г. говорится, что подлежатъ исключенію и даже обязательному исключенію изъ свода законовъ, при новомъ его изданіи, „тѣ правила, которыя, во 1-хъ, прямо отмѣнены и, во 2-хъ, которыя прямо не отмѣнены, но утратили силу по содержанію позднѣйшихъ узаконеній“. Но, очевидно, государственная канцелярія не рѣшилась быть судьей въ своемъ собственномъ дѣлѣ и произвела кодификацію на основаніи тѣхъ правилъ, которыя имѣли въ виду режимъ неограниченной монархіи.

Но этого мало. Могли быть у кодификаторовъ соображенія и еще болѣе серьезныя. Не въ томъ еще вся бѣда, что количественно настоящіе законы составляютъ незначительную крупицу сравнительно съ актами верховнаго управленія въ этомъ сводѣ законовъ, а въ томъ главная бѣда, что и качественное отношеніе между этими двумя родами актовъ совершенно такое же. Если бы государственная канцелярія осталась вѣрна не буквѣ закона, а его смыслу, если бы она захотѣла кодифицировать только то, что дѣйствительно составляетъ законъ, то она въ результатѣ прошла бы совершенно мимо законодательной жизни Россіи за эти два года. Въ самомъ дѣлѣ, если просмотрѣть это самое продолженіе, то сразу станетъ видно, что едва ли не самый важный изъ законовъ, разсмотрѣнныхъ государственной думой, это введеніе цѣлаго ряда сыскныхъ отдѣленій. Такъ какъ сыскныя отдѣленія вводятся въ различныхъ мѣстностяхъ, управляемыхъ и на основаніи особыхъ положеній, то этотъ законъ просто пестритъ въ глазахъ при перелистываніи продолженія; о немъ упоминается въ учрежденіи Царства Польскаго, Туркестанскаго края, Сибири и т. д.,—вездѣ приходится натыкаться на этотъ законъ, принятый государственной думой.

За исключеніемъ же этого закона все остальное сводится въ сущности къ увеличенію штатовъ, къ учрежденію новыхъ дол-

жностей, упраздненію должностей и т. п. А рядомъ съ этимъ такіе вопросы, какъ вопросъ, положимъ, объ отношеніи имперіи къ Финляндіи, вопросъ объ ограниченіи евреевъ въ правахъ, вопросъ объ ограниченіи преподаванія на мѣстныхъ языкахъ въ западныхъ губерніяхъ и Прибалтійскомъ краѣ, вопросъ объ измѣненіи порядка отбыванія наказаній, вопросъ объ управленіи отдѣльными областями—все это разрѣшено именно постановленіями совѣта министровъ или Высочайшими повелѣніями. Понятіе закона въ матеріальномъ смыслѣ до сихъ поръ считается еще не установленнымъ въ наукѣ, и по этому вопросу продолжаются споры между юристами. Однако, всѣ признаютъ, что имѣются такія области, которыя не возбуждаютъ въ этомъ отношеніи никакихъ сомнѣній съ точки зрѣнія того, входятъ ли онѣ въ компетенцію законодательнаго порядка или порядка верховнаго управленія. Едва ли нужно доказывать, что всѣ перечисленные вопросы—объ ограниченіяхъ въ правахъ, напримѣръ, непремѣнно входятъ въ компетенцію закона, а не верховнаго управленія, которое не можетъ устанавливать ограниченія въ правахъ, не установленныя въ законѣ.

И въ сущности тутъ не требуется и доказательствъ. Нельзя думать, что тутъ было какое-нибудь недоразумѣніе — напротивъ, это дѣлается вполнѣ сознательно и вотъ тому яркій примѣръ, уже отмѣченный въ прекрасномъ изслѣдованіи бар. А. Э. Нольде. Наряду съ правиломъ о томъ, что никакой законъ не можетъ воспріять силы безъ одобренія думы, естественно существуетъ и другой законъ, его дополняющій (ст. 94), о томъ, что законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ въ силу закона. Между тѣмъ, въ учрежденіи совѣта министровъ существовала статья, которая говорила, что въ совѣтѣ министровъ могутъ принимать участіе только министры — это статья основныхъ законовъ 1906 г. Въ продолженіе 1908 г. включено примѣчаніе къ ст. 2-ой учрежденія совѣта министровъ, которое гласитъ: „Высочайше повелѣно предоставить министрамъ и главноуправляющимъ отдѣльными частями замѣщать себя товарищами, при разсмотрѣніи въ совѣтѣ министровъ дѣлъ вѣдѣнія бывшаго комитета министровъ“. Такимъ образомъ совершенно очевидно, что Высочайшимъ повелѣніемъ въ нарушеніе ст. 94 отмѣнена статья дѣйствующаго закона. На-дняхъ въ газетахъ появилось предложеніе члена государственной думы Шечкова объ измѣненіи въ порядкѣ кодификаціи основныхъ законовъ. Измѣненіе должно заключаться въ томъ, чтобы государственная дума принимала участіе въ изданіи законовъ только въ

обыкновенныхъ случаяхъ, а въ чрезвычайныхъ случаяхъ законы будутъ издаваться въ порядкѣ верховнаго управленія, безъ участія думы. Какъ ни нелѣпо и дико предложеніе, но, къ сожалѣнію, настоящее продолженіе свидѣтельствуетъ о томъ, что этотъ планъ не является такимъ неосуществимымъ, такимъ далекимъ отъ дѣйствительности.

VI.

Ко всему сказанному нужно внести существенную оговорку. Поскольку рѣчь идетъ о кодификаціи, поскольку всѣ явленія, которыя отмѣчены выше, являются результатомъ неправильной кодификаціи, постольку это не должно внушать никакихъ опасеній и не можетъ вызывать никакихъ юридическихъ послѣдствій. До введенія конституціи между нашими юристами шли безконечные споры о томъ, какую юридическую силу имѣетъ сводъ законовъ,— является ли онъ единственнымъ и обязательнымъ источникомъ закона или же ему можно противопоставлять полное собраніе законовъ или собраніе узаконеній, изъ которыхъ онъ свое содержаніе почерпаетъ. Какъ извѣстно, этотъ споръ главнымъ своимъ источникомъ имѣлъ то обстоятельство, что всѣ изданія свода законовъ и ихъ продолженія опубликовывались по Высочайшимъ повелѣніямъ. Хотя Высочайшія повелѣнія относились собственно только къ опубликованію свода и не касались содержанія самаго свода законовъ, но такъ какъ, съ другой стороны, нельзя предположить, что Высочайшими повелѣніями можетъ быть приказано обнародовать статьи въ сводѣ законовъ, которыя въ дѣйствительности не имѣютъ силы, и такъ какъ вмѣстѣ съ тѣмъ, при прежнемъ строѣ компетенція Высочайшихъ повелѣній ничѣмъ не была ни ограничена, ни отграничена, то естественно вытекалъ отсюда выводъ, что Высочайшее повелѣніе, касаясь распубликованія свода законовъ, покрываетъ собою и его содержаніе. Этотъ споръ такъ и докатился неразрѣшеннымъ до введенія конституціи, и этотъ споръ конституція точно также сразу ликвидировала. Ибо разъ закономъ называется только то, что прошло черезъ думу, совѣтъ и удостоилось Высочайшаго утвержденія, то что бы потомъ съ этимъ закономъ въ порядкѣ кодификаціи или какомъ угодно другомъ порядкѣ ни дѣлалось, отъ этого его сила и содержаніе не измѣняются. Слѣдовательно, какъ бы его ни расчленяли, какъ бы его ни кодифицировали, но обязательную силу сохраняетъ только

то, что удостоилось Высочайшаго утвержденія и что имѣется въ напечатанныхъ узаконеніяхъ и полномъ собраніи законовъ.

Все это, конечно, безспорно, но не будемъ себя обманывать на этотъ счетъ — вѣдь до сихъ поръ существуетъ въ учрежденіи сената неотмѣненная статья (это пунктъ 7-й примѣчанія къ ст. 66-й), которая гласитъ: „не только присутственныя мѣста, но и частныя лица, по дѣламъ ихъ въ правительственныхъ и судебныхъ мѣстахъ производящимся, обязаны слѣдовать общему правилу о приведеніи законовъ по дѣйствующему своду". Слѣдовательно, по смыслу этого правила учрежденія сената сводъ законовъ для обиходнаго, такъ сказать, руководства является обязательнымъ и единственнымъ источникомъ. Конечно, были случаи и возможны и впредь розысканія и доказательства кодификаціонныхъ ошибокъ, но это, вообще, настолько трудно и настолько недоступно для массы гражданъ, что объ этомъ собственно не стоитъ и говорить, и приходится признать, что фактически сводъ является единственнымъ источникомъ закона.

VII.

Вотъ почему государственная дума должна обратить самое серьезное вниманіе на то положеніе, въ которомъ находится наше законодательство, съ точки зрѣнія его кодификаціи, и согласовать тѣ правила, которыя остались отъ дореформеннаго строя, съ тѣмъ положеніемъ, которое устанавливается основными законами. Очевидно прежде всего, что подлежитъ исключенію цитированная статья закона 5 ноября 1885 г., которая говоритъ, что, кромѣ законовъ, могутъ быть включены въ сводъ законовъ и акты верховнаго управленія. Разъ сводъ законовъ называется сводомъ законовъ, то въ него ничего, кромѣ законовъ, не можетъ быть включено. Съ другой же стороны кодификація положительнымъ правиломъ должна быть лишена обязательной силы—она должна имѣть не больше силы, чѣмъ имѣетъ любое, напр., изданіе министерства внутреннихъ дѣлъ, которое оно выпускаетъ за послѣднее время.

Въ связи съ этимъ самъ собой возникаетъ вопросъ о кодификаціи вообще. — Нужна ли намъ вообще кодификація? Конечно, первое естественное движеніе—отвѣтить на этотъ вопросъ отрицательно. Достаточно сказать, что нигдѣ въ Западной Европѣ такой кодификаціи не существуетъ. И у насъ даже при прежнемъ

режимѣ вопросъ объ отмѣнѣ кодификаціи былъ уже возбужденъ. Онъ былъ поставленъ барономъ Корфомъ въ моментъ введенія судебной реформы, когда судьямъ было предоставлено неограниченное право толкованія законовъ. Изъ предоставленія судьямъ этого права, изъ введенія такой нормы въ наше законодательство, баронъ Корфъ совершенно правильно вывелъ заключеніе о томъ, что кодификація не нужна, ибо идетъ въ разрѣзъ съ этимъ новымъ принципомъ. Дѣйствительно, вѣдь въ сущности всякая кодификація является уже сама по себѣ толкованіемъ закона. Для того, чтобы опредѣлить, что ту или другую статью нужно помѣстить туда или сюда, что данная статья закона подлежитъ исключенію, что такая-то статья должна быть замѣнена другимъ правиломъ, очевидно, необходимо законъ истолковать. Когда, напримѣръ, въ 1891 г. была издана первая новелла относительно усыновленія дѣтей, и гг. кодификаторы исключили изъ свода законовъ на основаніи этой новеллы 158 ст. т. X, то между юристами возникъ чрезвычайно серьезный споръ по существу о томъ, было или не было основанія исключать эту 158 ст. изъ т. X.

Если же кодификація сама по себѣ уже является толкованіемъ и, разъ оно произведено, оно становится обязательнымъ для судей, примѣняющихъ законы, то очевидно, что кодификація идетъ въ разрѣзъ съ тѣми задачами, которыя законодатель желалъ возложить на судей. Въ свободномъ толкованіи истиннаго смысла закона они стѣснены этой предустановленной кодификаціей. Вотъ почему первый отвѣтъ, который просится на уста, — это тотъ, что кодификація должна быть отмѣнена. Такой, между прочимъ, взглядъ высказалъ и С. А. Муромцевъ въ статьѣ, напечатанной въ „Правѣ“ въ 1907 г. Онъ полагалъ, что съ веденіемъ конституціи необходимо прекратить дальнѣйшую кодификацію. Такъ какъ въ каждомъ законѣ важно рѣшительно все, начиная съ его даты и до подписи, размѣщенія статей и соотношенія этихъ статей, то всякая попытка тронуть законъ не можетъ не вредить, не измѣнять въ большей или меньшей степени сущности и смысла закона. Однако, практически это предложеніе вызываетъ большія сомнѣнія. Если бы осуществились наши мечты, если бы государственная дума пошла широкой дорогой законодательнаго творчества и постепенно отмирали тѣ атрофировавшіяся уже части устарѣлаго свода законовъ, то тогда черезъ нѣсколько лѣтъ вопросъ о кодификаціи самъ собою упразднился бы. Мы имѣли бы рядъ отдѣльныхъ кодексовъ, связанныхъ между собою, проникнутыхъ общей идеей, и эти отдѣльные

кодексы не нуждались бы въ дальнѣйшей кодификаціи. Но при томъ состояніи законодательства, въ которомъ оно находится у насъ, когда, напримѣръ, ежегодно и сейчасъ сенатскимъ чиновникамъ приходится регистрировать до 4.000 узаконеній, когда дѣло доходитъ до того, что въ собраніи узаконеній одни и тѣ же узаконенія помѣщаются по два раза, когда въ дѣйствительности государственная дума идетъ не тѣмъ широкимъ путемъ законодательнаго творчества, а извилистыми тропинками казуистическихъ поправокъ, при такихъ условіяхъ лишить судей и примѣнителей законовъ кадификаціоннаго сборника, по-моему, представлялось бы весьма опаснымъ.

По окончаніи доклада открылись пренія.

К. П. Соколовъ. Въ дополненіе къ примѣрамъ, приведеннымъ докладчикомъ, еще одинъ: ст. 121 учрежденія стараго государственнаго совѣта обязывала государственнаго секретаря, въ случаѣ, встрѣтившейся при кодификаціонной работѣ, необходимости въ измѣненіи законовъ входить съ представленіемъ въ государственный совѣтъ. Въ новой редакціи эта обязанность государственнаго секретаря оставлена, но учрежденіе, куда онъ долженъ входить съ представленіемъ не указано.

Разрѣшеніе вызываемаго этой редакціей недоумѣнія необходимо, такъ какъ съ нимъ связанъ основной вопросъ о силѣ дѣйствія свода.

К. Л. Берманьскій. Исходныя положенія докладчика невѣрны, ни de iure, ни de facto въ Россіи конституціи нѣтъ. Ограниченіе понятія законовъ законопроектами, прошедшими черезъ государственную думу и совѣтъ, неправильно. Нашъ государственный строй знаетъ наряду съ ними параллельныя законодательныя компетенціи военнаго и адмиралтействъ-совѣтовъ. Точно также нашимъ основнымъ законамъ извѣстна не только диспенсація, но и делегація Монархомъ своей власти подчиненнымъ управленіямъ; съ этой точки зрѣнія и должны быть понимаемы ст. 174, 175, 176 и 177 учрежд. мин. Упреки, дѣлаемые докладчикомъ государственной канцеляріи, во многомъ несправедливы. Разрѣшеніе своихъ сомнѣній и недоразумѣній докладчикъ могъ бы найти въ изданной канцеляріей объяснительной запискѣ. Свою работу по изданію свода канцелярія раздѣляетъ съ министерствомъ юстиціи и нѣкоторыя изъ указанныхъ докладчикомъ измѣненій внесены по

настоянію министерства. Въ частности противъ замѣчанія докладчика на ст. ст. учрежденія министерствъ можно внести существенныя возраженія. Относительно ст. 162: Обязаны ли министры испрашивать согласіе Верховной Власти на взятіе назадъ уже внесенныхъ законопроектовъ? Это вопросъ внутреннихъ отношеній между Монархомъ и его совѣтниками, до государственной думы, какъ на то указывалъ докладчикъ, не относящійся. Относительно ст. 169: Она не имѣетъ того значенія, которое ей придавалъ докладчикъ, а лишь опредѣляетъ порядокъ представленія выходящихъ узаконеній въ государственную канцелярію. Относительно ст. 121 учр. гос. сов., приведенной К. П. Соколовымъ: государственный секретарь завѣдуетъ государственной канцеляріей на правахъ главноуправляющаго, и его право, какъ и право всякаго министра, въ виду встрѣтившейся необходимости, входить съ представленіемъ въ законодательномъ порядкѣ не должно вызывать сомнѣній. За всѣмъ тѣмъ нельзя отрицать, что дѣятельность государственной канцеляріи страдаетъ существенными недостатками. Однако вопросъ о согласованіи законовъ, вопросъ болѣе чѣмъ сложный. Ни созданіе органовъ административной юстиціи, ни перенесеніе этой работы на законодательныя учрежденія не могутъ разрѣшить его исчерпывающимъ образомъ.

В. М. Гессенъ. Возраженія К. Л. Берманьскаго непріемлемы. Въ политическомъ собраніи можно утверждать, что въ Россіи нѣтъ конституціи. Въ ученомъ обществѣ это положеніе должно быть доказано и надо опровергать азбучныя истины науки государственнаго права, согласно которой ограниченіе законодательной власти Монарха представительными учрежденіями уже создаетъ понятіе конституціоннаго строя. Точно также надо обосновать наличность диспенсаціи, и право Монарха на делегацію своей власти; въ русскомъ правѣ ни то, ни другое ни одной статьей основныхъ законовъ не предусмотрѣно. По существу доклада въ дополненіе къ сказанному о ст. 182, надо добавить, что права Монарха ограждены силой основныхъ законовъ, измѣнять ихъ по собственной иниціативѣ въ законодательномъ порядкѣ государственная дума не можетъ, а государственная канцелярія въ порядкѣ кодификаціонномъ это дѣлаетъ.

Гр. И. М. Толстой. Затронутый здѣсь споръ о природѣ русскаго государственнаго строя разрѣшается конечно въ пользу конституціи. Однако его упрощеніе ссылкой на азбучныя истины

и на ст. 81 и 94 осн. зак., какъ это сдѣлалъ В. М. Гессенъ, едва ли полезно. Оно оставляетъ въ сторонѣ вопросъ о взаимоотношеніи между законами въ общемъ смыслѣ этого слова, и административными законами, каковы напримѣръ постановленія особыхъ присутствій государственнаго совѣта. Между тѣмъ вокругъ понятія закона и вращается весь споръ.

М. Г. Зельдовичъ. Къ характеристикѣ дѣятельности государственной канцеляріи. Въ сводѣ законовъ есть ветераны, не переизданные еще съ 1857 года, таковы уставы почтовый, счетный. Между тѣмъ счетный уставъ регулируетъ права государственнаго контроля и въ столь важныхъ вопросахъ приходится пользоваться несогласованнымъ съ тѣхъ поръ законодательнымъ матеріаломъ.

Докладчикъ. Прежде всего позволю себѣ поблагодарить гг. оппонентовъ за весьма цѣнныя дополненія. Относительно недоумѣнія К. П. Соколова долженъ сказать, что его не можетъ разрѣшить даже справка съ принятой въ нашемъ законодательствѣ терминологіей. Если бы въ ст. 121 подразумѣвался порядокъ Верховнаго управленія то было бы употреблено выраженіе „входитъ съ докладомъ", если бы законодательный, то „направляетъ въ законодательномъ порядкѣ". Кромѣ того, государственный секретарь „представляетъ" только въ Правительствующій сенатъ, въ государственную думу онъ „препровождаетъ". Указаніе М. Г. Зельдовича лишній разъ подчеркиваетъ безпомощность и неприспособленность государственной канцеляріи. Уставы счетный и другіе не переизданы именно за отсутствіемъ силъ, знакомыхъ съ дѣломъ. К. Л. Берманьскому по существу уже отвѣтилъ В. М. Гессенъ. Ссылки К. Л. Берманьскаго на объяснительную записку очень интересны, но не могутъ служить возраженіемъ, такъ какъ сама записка составляетъ канцелярскую тайну и не доступна для общаго пользованія. Ссылка на участіе министра юстиціи въ работахъ канцеляріи непонятна. Если К. Л. Берманьскій хотѣлъ переложить отвѣтственность съ одного учрежденія на другое — это не интересно, если же авторитетомъ министра юстиціи онъ хотѣлъ укрѣпить убѣжденіе въ законности дѣйствій чиновъ канцеляріи, то едва ли выборъ авторитета былъ удачнымъ. Закончу: наличіе de iure конституціи въ Россіи безспорно, но то, что ей угрожаютъ, также безспорно.

Предсѣдатель В. Д. Кузьминъ-Караваевъ въ заключитель-

номъ словѣ благодарилъ докладчика, который уже второй разъ обращаетъ вниманіе юридическаго общества на столь важный вопросъ нашей государственной жизни.

Засѣданіе закрыто около 12 час. ночи.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

3 ноября 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества *В. Д. Кузьмина-Караваева.*

Предметомъ занятій служило: 1. Избраніе новыхъ членовъ общества; 2. Докладъ дѣйствительнаго члена общества *П. П. Гронскаго: „Совѣтъ старѣйшинъ (Seniorenconvent)“.*

По открытіи засѣданія избираются по предложенію предсѣдателя въ дѣйствительные члены общества кандидаты совѣта.

Затѣмъ слово предоставляется докладчику *П. П. Гронскому*, изложившему слѣдующее:

Въ ряду вопросовъ, поставленныхъ на очередь нашей парламентской практикой, однимъ изъ весьма интересныхъ является вопросъ о совѣщаніи при президіумѣ представителей отъ думскихъ фракцій, о совѣтѣ старѣйшинъ или же о сеньоренконвентѣ (терминъ заимствованъ съ нѣмецкаго, равно какъ и самая идея созданнаго нашей практикой учрежденія).

Права и обязанности совѣта старѣйшинъ не регламентированы ни въ наказѣ, ни тѣмъ болѣе въ учрежденіи государственной думы, и самое бытіе этого учрежденія основано исключительно на признаніи его существованія парламентской практикой. Однакоже крупное значеніе совѣта старѣйшинъ какъ въ сферѣ руководства работою государственной думы, съ одной стороны, такъ равно и въ сферѣ взаимоотношеній парламентскихъ фракцій, съ другой стороны, никѣмъ не оспаривается и не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. Въ этой двойственной природѣ совѣта старѣйшинъ и заключается причина того серіознаго вліянія, которое онъ оказываетъ на теченіе парламентскихъ работъ. Въ сеньоренконвентѣ происходитъ первичная лабораторная работа по обращенію партійныхъ программъ, партійныхъ вожделѣній и стремленій въ про-

грамму работъ законодательнаго собранія, въ проекты законопроектовъ. Если представители фракцій выступаютъ въ засѣданіяхъ совѣта старѣйшинъ отъ лица отдѣльныхъ парламентскихъ группъ, то самыя постановленія совѣщанія представителей отъ фракцій при президіумѣ имѣютъ значеніе уже проектовъ постановленій думы какъ цѣлаго. Къ этому претворенію многообразныхъ пожеланій фракцій въ единую программу работъ думы и сводится главная роль совѣта старѣйшинъ. Однакоже, прежде чѣмъ обратиться къ изученію практики нашего совѣта старѣйшинъ, необходимо ознакомиться съ аналогичными учрежденіями на западѣ и въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, прежде всего съ прототипомъ нашего совѣта старѣйшинъ—германскимъ и прусскимъ Seniorenconvent'омъ.

I.

Въ *Германіи* Seniorenconvent существуетъ какъ при имперскомъ рейхстагѣ [1]), такъ и при прусской палатѣ представителей [2]).

Seniorenconvent рейхстага [3]) созывается предсѣдателемъ рейхстага и состоитъ изъ уполномоченныхъ отъ различныхъ парламентскихъ фракцій. Это совѣщаніе также называется Vertrauensmänner, Vertrauensmännerversammlung, Vertrauenskomission. Главнѣйшую задачею Seniorenconvent'а является установленіе порядка обсужденія дѣлъ въ теченіе сессіи и распредѣленіе между фракціями мѣстъ въ комиссіяхъ рейхстага. Предсѣдатель рейхстага въ совмѣстномъ засѣданіи съ лидерами фракцій устанавливаетъ порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ и, такимъ образомъ, выясняется законодательная программа ближайшей сессіи. Правда, рѣшенія Seniorenconvent'а для рейхстага необязательны, но фактически они всегда исполняются, и планъ парламентскихъ работъ, выработанный на совѣщаніи предсѣдателя съ представителями фракцій, проводится на практикѣ. Значеніе Seniorenconvent'а совершенно правильно было оцѣнено въ рѣчи одного изъ депутатовъ рейхстага въ апрѣлѣ 1874 года [4]).

[1]) *Perels.* Das autonome Reichstagsrecht, Berlin 1903, стр. 31; *Ripert, Henry.* La présidence des assemblées politiques, Paris, 1908, стр. 434.

[2]) *A. Plate.* Die Geschäftsordnung des preussischen Abgeordnetenhaus. ihre Geschichte und ihre Anwendung, zweite Auflage, Berlin 1904, стр. 230.

[3]) См. также статью *H. Pachnicke*, L'organisation du Travail dans le Reichstag allemand (Revue politique et parlamentaire, 1895, v. III, стр. 81—82),

[4]) Stenographische Berichte II, 1 S. стр. 669.

„Der Seniorenconvent ist doch ein sehr ehrwürdiges und heilbringendes Institut, gegen dessen Autorität zu rebelliren ich nur nicht erlauben möchte, denn ich wüsste im Voraus dass ich dabei zu kurz käme".

Geschäftsordnung (наказъ) рейхстага ни однимъ словомъ не упоминаетъ о существованіи Seniorenconvent'a [1]). Это весьма полезное и оказывающее серіозное вліяніе на ходъ законодательныхъ работъ установленіе возникло исключительно путемъ законодательной практики. Его учрежденіе было вызвано настоятельной необходимостью упорядоченія теченія парламентской работы.

Въ Пруссіи Seniorenconvent возникъ въ шестидесятыхъ годахъ [2]). Непосредственнымъ поводомъ къ его созыву явился конфликтъ между меньшинствомъ и большинствомъ палаты относительно распредѣленія между фракціями мѣстъ въ комиссіяхъ палаты.

Число членовъ прусскаго Seniorenconvent'a отъ каждой фракціи болѣе или менѣе соотвѣтствуетъ ея численности, такъ что малочисленныя фракціи имѣютъ всего лишь по одному уполномоченному. Въ теченіе 19-го законодательнаго періода Seniorenconvent состоялъ изъ 4 консерваторовъ, 3 свободныхъ консерваторовъ, 4 членовъ центра, 2 національ-либераловъ, 2 уполномоченныхъ свободомыслящей народной партіи, 1 уполномоченнаго свободомыслящаго союза и одного поляка.

Къ задачамъ Seniorenconvent'a, помимо установленія плана законодательныхъ работъ, относится предварительный уговоръ между различными фракціями относительно избранія президіума, а равно предсѣдателей отдѣловъ и членовъ и предсѣдателей комиссій. Кромѣ того, въ Seniorenconvent'ѣ иногда разрѣшаются и другіе вопросы, какъ напримѣръ: составленіе адреса королю (art. 88) и другія дѣла.

Въ условіяхъ партійной жизни Германіи Seniorenconvent является чрезвычайно благодѣтельнымъ учрежденіемъ. Если мы видѣли, что въ прусской палатѣ имѣются 8 партійныхъ группъ, то съ совершенной очевидностью вытекаетъ для нихъ необходимость столковаться относительно хода законодательной работы, въ противномъ случаѣ междуфракціонныя тренія скажутся на ходѣ дѣла въ самыхъ засѣданіяхъ палаты и пренія относительно отдѣльныхъ законопроектовъ могутъ затянуться на безконечное число засѣданій.

---

[1]) *Perels*, назв. соч., стр. 33.

[2]) *Plate*, назв. соч., стр. 2.

Seniorenconvent успѣшно разрѣшаетъ всѣ недоразумѣнія. Въ немъ представители различныхъ фракцій путемъ обмѣна мнѣній приходятъ къ тѣмъ или инымъ рѣшеніямъ по вопросамъ законодательной дѣятельности, тотъ или иной законопроектъ выдвигается въ первую очередь, ненужныя пренія устраняются, выставляется опредѣленное число ораторовъ и междуфракціонныя пренія изъ зала засѣданій палаты переносятся въ комнату, предназначенную для засѣданій сеньоренконвента.

II.

Отношенія германскихъ политическихъ партій между собою при участіи ихъ въ законодательной дѣятельности вызвали къ жизни Seniorenconvent, какъ учрежденіе, предназначенное къ умиротворенію партійной вражды и къ соглашенію партійной розни, но въ *Англіи* при наличности лишь двухъ крупныхъ партій въ странѣ и при существованіи системы парламентаризма нѣтъ никакой необходимости въ Seniorenconvent'ѣ или ему подобномъ учрежденіи. Мы видимъ, что здѣсь всѣ тѣ дѣла, которыя въ Германіи относятся къ компетенціи Seniorenconvent'а, находятся въ вѣдѣніи отвѣтственнаго передъ парламентомъ кабинета и прежде всего и главнымъ образомъ составленіе плана законодательной работы парламента и порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ.

Но прежде, чѣмъ обратиться къ разсмотрѣнію постановленій наказа палаты общинъ (Standing orders relatike to public business) по этому вопросу необходимо отмѣтить, что и въ Англіи въ тѣ отдаленныя времена, когда исполнительная власть еще не находилась въ рукахъ отвѣтственнаго передъ парламентомъ министерства, существовало учрежденіе, весьма похожее на Seniorenconvent. Въ XVII вѣкѣ порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ палатою и схема распредѣленія занятій палаты составлялись особымъ комитетомъ палаты (committee for regulating business [1]), въ вѣдѣніи котораго находились эти вопросы. Такимъ образомъ и въ Англіи до упроченія тамъ системы парламентаризма существовало учре-

[1]) *Redlich* I. Recht und Technik des englischen Parlamentarismus, Leipzig, 1905, стр. 584; *Hatschek*, I. Englisches Staatsrecht, I. Band, Tübingen, 1905 . . . and a Committee is appointed to certify to the house what were the most important matters which they had to handle (Comm. Journ, 3 Nov. 1601).

жденіе съ компетенціей, аналогичной компетенціи германскаго Seniorenconvent'a.

Но по мѣрѣ того, какъ принципы парламентаризма все глубже и глубже внѣдрялись въ политическую жизнь Англіи, отвѣтственному кабинету предоставлялась все большая возможность вліянія на распредѣленіе порядка разсмотрѣнія законопроектовъ въ палатѣ и, наконецъ, послѣднія Бальфуровскія реформы 1902 года [1]) и въ этой области отдали распоряженіе порядкомъ теченія сессіи почти всецѣло въ руки министерства. Идеѣ сосредоточенія руководства парламентской работой въ рукахъ министерства при помощи передачи въ распоряженіе министерства цѣлаго ряда засѣданій палаты въ теченіе недѣли, а равно путемъ опредѣленія твердо установленнаго порядка дня, выразила свое сочувствіе и оказала поддержку и либеральная оппозиція, которая устами своего лидера Кэмпбель-Банермана признала реформу наказа дѣломъ внѣпартійнымъ и выразила свое согласіе на ея проведеніе [2]).

Статья 4 наказа, касающаяся порядка распредѣленія дѣлъ въ палатѣ, гласитъ теперь буквально слѣдующее [3]): „Первенство нѣкоторыхъ дѣлъ въ нѣкоторыхъ засѣданіяхъ (11 апрѣля 1902 г.).— До тѣхъ поръ, пока палата не рѣшитъ иначе: a) дѣла правительственныя должны быть разсматриваемы прежде другихъ на всѣхъ засѣданіяхъ палаты за исключеніемъ вечернихъ засѣданій во вторникъ и въ среду и засѣданія въ пятницу, b) на вечернихъ засѣданіяхъ во вторникъ и въ среду заявленія и публичные билли, вносимые отдѣльными членами палаты, должны быть поставлены на очередь ранѣе дѣлъ правительственныхъ, c) послѣ Пасхи дѣла правительственныя должны быть поставлены на первое мѣсто въ вечернемъ засѣданіи во вторникъ, d) послѣ Троицы и до дня святого Михаила правительственныя дѣла должны быть разсматриваемы прежде другихъ какъ и на всѣхъ вечернихъ засѣданіяхъ,

---

[1]) *Redlich*, назв. соч., стр. 226—245.

[2]) Тамъ же, стр. 236.

[3]) *Sir Th. Erskine May.* Parliamentary Practice, eleventh edition London 1906, стр. 258 и слѣд.

F. Moreau et S. Delpech. Les reglements des assemblées législatives, vol. I, Paris 1906, стр. 262.

Redlich, назв. соч., стр. 808.

Hatschek, назв. соч., стр. 387.

С. Лоу. Государственный строй Англіи, переводъ подъ ред. проф. бар. *Б. Э. Нольде* со вступительной статьей проф. *М. М. Ковалевскаго*, стр. 61.

имѣющихъ мѣсто въ пятницу, за исключеніемъ засѣданій, которыя состоятся и въ третью и четвертую пятницу послѣ Троицына дня".

Ближайшимъ результатомъ постановленій этой статьи является то обстоятельство, что министерству предоставляется полная возможность почти все время, предоставленное палатѣ на ея законодательную дѣятельность, употреблять на разсмотрѣніе правительственныхъ законопроектовъ. Порядокъ теченія законодательной работы сессіи устанавливается министерствомъ. И этому нечего удивляться, равно какъ и нечѣмъ здѣсь огорчаться, такъ какъ аглійскій кабинетъ, взятый изъ среды парламентскаго большинства, руководимый лидеромъ этого большинства, претворяющій въ министерскіе законопроекты программные лозунги большинства и находящійся у власти до тѣхъ поръ, пока это будетъ угодно тому же парламентскому большинству, есть плоть отъ плоти этого большинства и его alter ego [1]). Такимъ образомъ, составляя планъ законодательныхъ работъ и проводя его въ жизнь, англійскій кабинетъ творитъ волю создавшаго его большинства палаты, а потому предоставленіе ему права распоряженія временемъ палаты есть просто техническое улучшеніе законодательнаго процесса; воля большинства палаты вмѣсто того, чтобы быть выраженною въ формѣ постановленій палатъ, проявляется въ формѣ постановленій кабинета.

Въ силу этого постановленія 4 статьи наказа, правительство располагаетъ minimum $^3/_4$ засѣданій палаты въ теченіе сессіи, при чемъ къ концу сессіи правительственныя дѣла занимаютъ и все время палаты, за исключеніемъ лишь двухъ пятницъ послѣ Михайлова дня. Въ 1903 году правительственныя дѣла обсуждались на 101 засѣданіи, а предложенія отдѣльныхъ членовъ лишь на 30, въ 1904 году правительство заняло 111 засѣданій, а отдѣльные члены 29 [2]).

Помимо того обстоятельства, что распоряженіе порядкомъ теченія сессіи наказъ почти всецѣло передаетъ въ руки правительства, статья 5 наказа предоставляетъ правительству право въ дни, ему предоставленные, такъ комбинировать дѣла въ засѣданіи, какъ это ему заблагоразсудится [3]); ставить на первую очередь въ засѣданіи тотъ вопросъ, который министерство найдетъ для

[1]) *Redlich*, назв. соч., стр. 564.

[2]) *Redlich*, тамъ же, стр. 588.

[3]) *May*, назв. соч., стр. 265. *Moreau et Delpech*, vol. I, 262. *Redlich*, назв. сочин., стр. 558.

себя наиболѣе важнымъ, и откладывать на конецъ засѣданія, а, можетъ быть, на слѣдующее засѣданіе другія дѣла, не требующія, съ его точки зрѣнія, немедленнаго разрѣшенія.

Такимъ образомъ въ Англіи занятіями парламента руководитъ министерство, состоящее изъ членовъ партіи, обладающей большинствомъ въ парламентѣ. Тогда какъ въ Германіи вопросъ о планѣ законодательныхъ работъ сессіи обсуждается въ Seniorenconvent'ѣ, состоящемъ изъ представителей многочисленныхъ партійныхъ фракцій рейхстага, и, слѣдовательно, отражаетъ на себѣ настроеніе разнообразныхъ партійныхъ группъ, согласившихся другъ съ другомъ по тому или иному вопросу, въ Англіи обезпечена возможность для кабинета совершенно безпрепятственно составлять планъ законодательныхъ работъ, угодный большинству палаты и министерству, и проводить его въ жизнь подъ покровомъ постановленій 4 и 5 статей наказа.

Характернѣйшая черта англійскаго государственнаго строя—подчиненіе власти исполнительной власти законодательной, система парламентскаго правленія—ярко отразилась и на вопросахъ техники законодательной работы. Сложный механизмъ парламентскаго законодательства приводится въ движеніе по волѣ кабинета и въ рукахъ премьера во все время теченія сессіи находится управляющій этимъ механизмомъ рычагъ.

III.

Въ *Съверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ*, какъ извѣстно, не существуетъ парламентарной отвѣтственности министровъ, и здѣсь, въ противоположность Англіи мы находимъ германскій сеньоренконвентъ — Committee of Rules (распорядительный комитетъ или комитетъ наказа [1]). Правда, члены Committee of Rules не избираются фракціями, а назначаются спикеромъ палаты представителей, но зато функція его чрезвычайно сходна съ функціями сеньоренконвента. Committee of Rules не только время отъ времени пересматриваетъ постоянный наказъ палаты, но и тщательнымъ образомъ изо дня въ день наблюдаетъ за те-

[1]) *Moreau et Delpeche* томъ II, стр. 145. *В. Вильсонъ.* Государственный строй Соединенныхъ Штатовъ, переводъ съ 20-го изданія подъ редакціей *П. П. Гронскаго* и *Ѳ. И. Корсакова* съ предисловіемъ проф. *М. М. Ковалевскаго*, Спб. 1909, стр. 4.

ченіемъ дѣлъ въ палатѣ, составляетъ порядокъ дня, а также слѣдитъ за распредѣленіемъ времени во время засѣданій [1]). Отъ этого же комитета зависитъ порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ, онъ руководитъ теченіемъ дѣлъ въ палатѣ. Комитетъ состоитъ изъ пяти членовъ: спикера, двухъ членовъ отъ партіи республиканской и двухъ членовъ отъ партіи демократической, но спикеръ и два другихъ члена господствующей партіи составляютъ большинство комитета и такимъ образомъ партія, имѣющая большинство въ палатѣ, руководитъ теченіемъ законодательства [2]). Вудроу Вильсонъ видитъ „въ положеніи комитета сходство съ положеніемъ перваго министра въ Англіи за исключеніемъ отвѣтственности и права говорить въ обѣихъ палатахъ". Онъ совершенно правильно указываетъ на то обстоятельство, что предъ лицомъ страны спикеръ и Committee of Rules считаются отвѣтственными за успѣхъ или неудачу сессіи. Но все же этотъ комитетъ является лишь весьма отдаленнымъ напоминаніемъ системы кабинетскаго правленія; тотъ же Вудроу Вильсонъ говоритъ далѣе: „Но это новое руководство, какъ и все связанное съ правленіемъ комитетовъ, имѣетъ характеръ секретнаго дѣлопроизводства. Это не открытое руководство, всѣми признанное и защищаемое въ публичныхъ преніяхъ, за которымъ наблюдаютъ и которое практикуетъ вся страна. Комитетъ, часть палаты, но не сената; онъ не объединяетъ политически обѣ палаты; онъ дѣйствуетъ лишь на палату, въ которой довольно рѣдко бываютъ пренія и имѣется мало надежды на то, чтобы упрочился и былъ признанъ принципъ отвѣтственности. Это явленіе имѣетъ лишь отдаленное и частичное сходство съ партійнымъ лидерствомъ" [3]).

Установленіе порядка разсмотрѣнія законопроектовъ передано было въ руки Committee of Rules послѣ реформы 1889 года, вдохновителемъ которой былъ спикеръ *Rled* [4]). Дѣло въ томъ, что пятьдесятъ первому конгрессу предстояло разсмотрѣть 20.000 различныхъ законопроектовъ, внесенныхъ членами палаты представителей. Этотъ потокъ законодательныхъ предположеній необходимо было такъ или иначе регулировать, направить въ опредѣ-

[1]) *Moreau et Delpech*, II, 150.

[2]) *Henry Ripert*, La présidence des assemblées politiques, Paris, 1908, стр. 338.

[3]) *В. Вильсонъ*, назв. соч. стр. 5.

[4]) *Ripert*, назв. соч. 335.

лепное русло, иначе палатѣ угрожала опасность быть совершенно заваленной массою различныхъ предположеній. Если бы всѣ 20.000 законопроектовъ были разсмотрѣны конгрессомъ, то на обсужденіе каждаго законопроекта пришлось бы не болѣе нѣсколькихъ минутъ времени и дѣло свелось бы къ простому голосованію предложенія, всякія пренія были бы устранены.

Теперь, когда руководство теченіемъ занятій палаты представителей передано въ руки комитета наказа, то всецѣло отъ него зависитъ рѣшеніе вопроса о томъ какія дѣла [1]) будутъ представлены на разсмотрѣніе конгресса, сколько времени будетъ предоставлено на обсужденіе каждаго отдѣльнаго законопроекта и въ какой моментъ должны быть прекращены дебаты.

Такъ какъ для упорядоченія хода работъ конгресса въ теченіе сессіи необходимо поручить какому-либо учрежденію право устанавливать порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ и въ виду того обстоятельства, что въ Соединенныхъ Штатахъ нѣтъ парламентской отвѣтственности министровъ и потому невозможно, какъ это сдѣлано въ Англіи, предоставить министерству право устанавливать порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ, комитетъ наказа призванъ руководить работой конгресса.

Въ *Италіи* также существуетъ учрежденіе, напоминающее американскій Committee of Rules, оно носитъ наименованіе Giunta pel Regolamento della Camera (ст. 18 наказа) [2]).

Во *Франціи*, по компетентному свидѣтельству E. Pierre'a, обязанность президента палаты составлять порядокъ дня даетъ ему право выслушивать представителей комиссій [3]), а равнымъ образомъ и министровъ [4]), для того чтобы выяснить, въ какомъ порядкѣ слѣдуетъ представить дѣла на разсмотрѣніе палаты. Наконецъ, во Франціи очень часто порядокъ дня, составленный предсѣдателемъ, обсуждается въ палатѣ и подвергается измѣненіямъ. Здѣсь болѣе, чѣмъ гдѣ бы то ни было, находитъ себѣ осуществленіе то правило, что „la chambre est toujours maîtresse de son ordre du jour“ [5]).

---

[1]) Тамъ же, стр. 336.

[2]) Manuale ad uso dei deputati al parlamento nazionale, Roma, 1904.

[3]) *E. Pierre*, Traité de droit politique, électoral et parlementaire X édition, Paris, 1902, стр. 962; также *Ripert*, назв. соч., стр. 450.

[4]) *E. Pierre*, Supplement къ Traité etc., Paris, 1906, стр. 393.

[5]) *Ripert* назв. соч., стр. 450.

IV.

Особенный интересъ представляетъ положеніе дѣла въ *скандинавскихъ странахъ*. Дѣло въ томъ, что какъ въ Норвегіи, такъ и въ Швеціи въ текстѣ самихъ наказовъ палатъ подробнѣйшимъ образомъ описывается устройство и компетенція особыхъ комитетовъ, на обязанности которыхъ лежитъ руководство парламентской работой. Такимъ образомъ Швеція и Норвегія составляютъ исключеніе изъ общаго правила. Тогда какъ во всѣхъ остальныхъ европейскихъ государствахъ вопросъ о положеніи сеньоренконвентовъ и имъ подобныхъ учрежденій остается нерегламентированнымъ въ наказахъ палатъ, и ихъ составъ и компетенція выясняются лишь постепенно по мѣрѣ накопленія соотвѣтствующихъ прецедентовъ парламентской практики, въ государствахъ скандинавскаго полуострова составъ и задачи парламентскихъ комитетовъ, завѣдующихъ распредѣленіемъ работъ въ теченіе сессіи точнымъ образомъ установлены въ наказахъ.

Статья 20 наказа, принятаго 51-мъ очереднымъ норвежскимъ стортингомъ [1]) постановляетъ, что комитетъ, завѣдующій распредѣленіемъ работъ парламента, состоитъ изъ предсѣдателей стортинга и. одельстинга и предсѣдателей постоянныхъ комитетовъ. Предсѣдательствуетъ въ немъ предсѣдатель стортинга. На обязанности этого комитета лежитъ задача составленія плана работъ на всю сессію. Немедленно вслѣдъ за открытіемъ сессіи стортинга и послѣ выбора предсѣдателей комитетовъ собирается „комитетъ распредѣленія работъ“ и приступаетъ къ выработкѣ плана занятій какъ стортинга, такъ и отдѣльныхъ комитетовъ. Предсѣдатели отдѣльныхъ комитетовъ представляютъ докладъ относительно предполагаемаго хода работъ въ отдѣльныхъ комитетахъ; „комитетъ распредѣленія работъ“ ихъ разсматриваетъ и измѣняетъ.

Выработанный планъ распредѣленія законодательныхъ работъ раздается всѣмъ депутатамъ обѣихъ палатъ, и если въ теченіе двухъ дней предсѣдателю стортинга не будетъ представлено никакого другого плана, составленнаго однимъ изъ членовъ стортинга и подписаннаго 12 его членами, то онъ объявляетъ, что планъ, составленный комитетомъ, установленъ окончательно и что всякаго рода измѣненія его могутъ быть произведены лишь

[1]) Moreau et Delpech., назв. соч., т. I, стр. 400.

самимъ комитетомъ или же постановленіемъ 43 членовъ стортинга. Если же поступаютъ къ предсѣдателю стортинга и иныя предложенія, то планъ комитета и эти предложенія обсуждаются въ стортингѣ, который и принимаетъ къ руководству своими занятіями тотъ или иной планъ. Во время сессіи чрезъ каждые 15 дней предсѣдатель собираетъ „комитетъ распредѣленія работъ“ и предлагаетъ на его распредѣленіе вновь поступившія дѣла. Комитету также принадлежитъ право измѣнять принятый уже имъ ранѣе порядокъ теченія работъ и вносить въ него новые отдѣлы. Въ концѣ второго мѣсяца теченія сессіи комитетъ выясняетъ вопросъ о томъ, сколько времени она должна еще продолжаться и когда будетъ удобнѣе назначить ея окончаніе.

Въ Швеціи комитетъ распредѣленія работъ сорганизованъ нѣсколько иначе. На основаніи статьи 3 наказа [1]) рексдага (вотированъ и принятъ 8 апрѣля 1868 года, въ теченіе сессіи 1888 года въ немъ сдѣланы значительныя измѣненія), комитетъ этотъ состоитъ изъ предсѣдателей и вице-предсѣдателей каждой палаты и 6 членовъ, выбранныхъ обѣими палатами изъ своей среды по 3 отъ каждой палаты. Секретари палатъ имѣютъ право присутствовать на засѣданіяхъ комитета, предсѣдатели комитетовъ также по мѣрѣ надобности приглашаются на засѣданія комитета. Онъ созывается въ томъ сдучаѣ, если того пожелаетъ одинъ изъ предсѣдателей палатъ и въ его компетенцію входитъ составленіе плана законодательныхъ работъ и установленіе порядка ихъ обсужденія.

V [2]).

У насъ впервые зашла рѣчь объ учрежденіи совѣщанія представителей отъ фракцій при президіумѣ во второй думѣ въ засѣданіи ея 8 мая 1907 года. В. А. Маклаковъ, качествѣ докладчика комиссіи по выработкѣ наказа, первый затронулъ этотъ вопросъ. Онъ предвидитъ возможность созданія учрежденія, напоминающаго Seniorenconvent рейхстага, но находитъ, что сейчасъ подобное рѣшеніе было бы несвоевременно: „Комиссія наказа

---

[1]) Moreau et Delpech., назв., соч. т. I, стр. 511.

[2]) Приношу искреннюю свою благодарность члену второй думы *І. В. Гессену* и членамъ третьей думы *В. А. Маклакову* и *А. И. Шингареву* за свѣдѣнія, любезно ими мнѣ сообщенныя по вопросамъ исторіи возникновенія и практики нашего совѣта старѣйшинъ.

среди своихъ членовъ имѣетъ много сторонниковъ того, что называется Seniorenconvent'омъ, т. е. особаго органа совѣщанія представителей фракцій. Но вы понимаете, господа, что создать это сейчасъ, пока это не имѣетъ за собой никакого опыта, было бы преждевременно. Создать для этого особую комиссію также естественно. Но пока мы тоже не видимъ того матеріала, изъ котораго мы могли бы сейчасъ же образовать такую комиссію. И вотъ почему комиссія наказа остановилась на томъ, что подсказано ей самою жизнью. По нашей практикѣ и сейчасъ заботы объ этомъ, о составленіи списка очередныхъ занятій, о составленіи предполагаемой къ слушанію на другой день программы лежатъ на нашемъ президіумѣ. Мы и полагаемъ, что заботы объ этомъ нужно возложить на президіумъ,—говоря языкомъ закона, на совѣщаніе. Быть можетъ, очень скоро обнаружится, что такая задача совѣщанію не по силамъ, и тогда совѣщаніе, если оно само не справится съ этимъ дѣломъ, само усилитъ себя, образуетъ совмѣстное совѣщаніе съ представителями партій или, можетъ быть, предложитъ избрать особую спеціальную комиссію" [1]) и далѣе „жизнь покажетъ справится ли президіумъ съ этой задачей или, можетъ быть, жизнь властно потребуетъ, чтобы онъ усилилъ себя такъ или иначе, но, предоставляя это указанію опыта, мы пока ограничимся возложеніемъ на президіумъ этой обязанности [2]). Представитель польскаго кола депутатъ Парчевскій указывалъ въ своей рѣчи на необходимость немедленнаго созданія Seniorenconvent'а. „...Но есть другой способъ, благодаря которому мы можемъ войти на путь болѣе плодотворной работы, — именно способъ, который существуетъ въ прусскомъ ландтагѣ и въ германскомъ рейхстагѣ, такъ называемый Seniorenconvent. Мы бы могли назвать его *собраніемъ старшинъ* [3]). Разъ будетъ устроено собраніе старшинъ, то тогда несомнѣнно пренія не будутъ такъ продолжаться, партіи будутъ выставлять только опредѣленное число ораторовъ, и работа въ государственной думѣ будетъ болѣе плодотворной" [4]). В. А. Маклаковъ въ своей репликѣ Парчевскому, между прочимъ, сказалъ: „Если окажется жизненнымъ это учрежденіе, ко-

[1]) Государственная дума, второй созывъ, стенографическіе отчеты, томъ II, столбецъ 306.

[2]) Тамъ же, столбецъ 3067.

[3]) Впослѣдствіи въ третьей думѣ совѣщаніе представителей отъ фракцій при президіумѣ и получило названіе „совѣтъ старѣйшинъ".

[4]) Тамъ же, столбецъ 313.

торымъ я дорожу не менѣе своего оппонента—учрежденіе Seniorenconvent'a, то, можетъ быть, это будутъ и ему поручать“ [1]). Этимъ и ограничились пренія. Дума никакого рѣшенія по вопросу объ учрежденіи Seniorenconventa не вынесла.

Однако же, уже 12 мая состоялось по иниціативѣ президіума первое совѣщаніе президіума и представителей фракцій (того учрежденія, которое впослѣдствіи въ третьей думѣ получило названіе совѣта старѣйшинъ) для обсужденія вопроса о порядкѣ разсмотрѣнія дѣлъ въ думѣ [2]). Но такъ какъ черезъ 3 недѣли дума уже была распущена, то совѣщанію удалось собраться всего лишь 2 раза: 16 [3]) и 25 [4]) мая. Все же въ этихъ засѣданіяхъ совѣщаніе представителей отъ фракцій сумѣло разсмотрѣть вопросъ о порядкѣ разсмотрѣнія законопроектовъ въ думѣ и о способахъ избранія, составѣ и задачахъ различныхъ комиссій, между прочимъ комиссіи о гражданскихъ правахъ, о путяхъ сообщенія, по рабочему вопросу и другихъ. Кромѣ того, былъ поднятъ вопросъ о томъ, что совѣщанію необходимо конституироваться какъ постоянному учрежденію, а Челнокову, Стаховичу и Капустину поручено было выработать уставъ совѣщанія президіума и представителей фракцій какъ постояннаго органа. Однако же, вышеназваннымъ членамъ второй государственной думы не удалось исполнить возложенное на нихъ совѣщаніемъ порученіе, въ виду того, что дума была распущена.

Предсѣдатель третьей думы Н. А. Хомяковъ, имѣя въ виду успѣшный опытъ президіума второй думы, созвавшей представителей отъ фракцій для облегченія задачи руководства теченіемъ

---

[1]) Тамъ же, столбецъ 314.

[2]) „*Рѣчь*“ за 1907 г. № 112. Въ составъ совѣщанія въ качествѣ представителей отъ фракцій вошли:

Отъ фракціи народной свободы кн. *П. Д. Долгоруковъ* и *І. В. Гессенъ*.
Отъ фракціи союза 17 октября *Капустинъ* и *Хомяковъ*.
Отъ безпартійныхъ *М. А. Стаховичъ*.
Отъ правыхъ *Крупенскій*.
Отъ польскаго коло *Гарусевичъ* и *Дмовскій*.
Отъ мусульманъ *Медіевъ*
Отъ трудовиковъ *Бѣляевъ* и *Кимряковъ*.
Отъ соціалистовъ-революціонеровъ *Ширскій* и *Долгополовъ*.
Отъ соціалъ-демократовъ *Мандельбергъ* и *Зурабовъ*.
Отъ народныхъ соціалистовъ *А. А. Демьяновъ* и *Волкъ-Карачевскій*.

[3]) „Рѣчь“ за 1907 г. № 117.

[4]) „Рѣчь“ за 1907 г. № 122.

парламентскихъ работъ, также не замедлилъ созвать подобное совѣщаніе, и оно функціонировало во все время теченія какъ первой, такъ и второй сессіи думы и въ теченіе обѣихъ сессій имѣло 23 засѣданія. Въ составъ его входятъ президіумъ (а не одинъ только предсѣдатель, какъ въ Германіи) и представители отъ фракцій по два отъ каждой крупной фракціи и по одному отъ немногочисленныхъ [1]), но часто фактически и болѣе многочисленныя фракціи бывали представлены лишь однимъ старѣйшиной.

Если мы вспомнимъ, что въ германскомъ рейхстагѣ изъ состава всего президіума членовъ Seniorenconvent'а является лишь предсѣдатель рейхстага, а въ Seniorenconvent'ѣ прусской палаты депутатовъ представительство отъ фракцій пропорціонально ихъ численности, то нельзя здѣсь не указать на то, что нашъ совѣтъ старѣйшинъ значительно уклоняется отъ своихъ нѣмецкихъ образцовъ и, какъ намъ кажется, составъ нашего совѣта старѣйшинъ полнѣе обезпечиваетъ проведеніе въ жизнь возложенныхъ на него задачъ.

Прежде всего участіе не только предсѣдателя, но и другихъ членовъ президіума въ разсмотрѣніи и рѣшеніи дѣлъ, представленныхъ на усмотрѣніе совѣта старѣйшинъ, значительно способствуетъ скорѣйшему претворенію постановленій этого совѣщанія въ постановленія президіума и думы при содѣйствіи всего президіума, и, надо думать, при отсутствіи возможности сопротивленія съ его стороны. Члены президіума, сами принимавшіе участіе въ обсужденіи и рѣшеніи различныхъ вопросовъ въ совѣтѣ старѣйшинъ, являются безъ малѣйшаго сомнѣнія нравственно обязанными проводить въ жизнь его постановленія, хотя бы и противорѣчащія ихъ взглядамъ и убѣжденіямъ.

Принципъ равномѣрности представительства отъ фракцій на-

---

[1]) Личный составъ совѣта старѣйшинъ третьей думы въ теченіе первой и второй сессіи:

Отъ фракціи народной свободы: *П. Н. Милюковъ* и *А. И. Шингаревъ*.
Отъ фракціи союза 17 октября *Гучковъ* и *Родзянко*.
Отъ умѣренно-правыхъ *Крупенскій* и *Балашовъ*.
Отъ крайнихъ правыхъ *Марковъ* и *Шульгинъ*.
Отъ трудовиковъ *Булатъ*.
Отъ соціалъ-демократовъ *Покровскій*.
Отъ мирнообновленцевъ *Ефремовъ*.
Отъ прогрессистовъ графъ *Толстой*.
Отъ польскаго коло *Дмовскій*.

ходится въ большей степени въ соотвѣтствіи съ задачами совѣта старѣйшинъ — Seniorenconvent'a, нежели германскій принципъ пропорціональнаго представительства. Seniorenconvent имѣетъ значеніе какъ учрежденіе, главнымъ образомъ, информаціонное, послѣднее слово всегда остается за палатою. Совѣтъ старѣйшинъ лишь подготовляетъ извѣстныя рѣшенія и главною его задачею является привести къ соглашенію взгляды различныхъ парламентскихъ группъ на какой-либо отдѣльный вопросъ, изъ сферы парламентской дѣятельности. Для этой цѣли совершенно достаточно выслушать лишь по одному представителю отъ каждой фракціи въ совѣтѣ старѣйшинъ, узнать ихъ взгляды на этотъ вопросъ и послѣ обмѣна мнѣній придти къ тому или иному рѣшенію по затронутому вопросу.

Одною изъ основныхъ задачъ совѣта старѣйшинъ является сокращеніе и упорядоченіе парламентскихъ преній. Этой цѣли гораздо легче достигнуть въ томъ случаѣ, если представительства различныхъ фракцій равномѣрно (какъ въ Россіи), а не пропорціонально (какъ въ Пруссіи), такъ какъ при пропорціональности представительства фракцій въ сеньоренконвентѣ точка зрѣнія меньшинства можетъ быть совершенно не принята во вниманіе, и представителямъ меньшинства придется перенести защиту своихъ взглядовъ изъ собранія старѣйшинъ въ засѣданіе парламента и, такимъ образомъ, одна изъ главныхъ задачъ сеньоренконвента не будетъ достигнута. Наоборотъ, при равномѣрности представительства меньшинству предоставлена большая возможность вліянія на постановленія совѣта старѣйшинъ.

Что касается вопроса о компетенціи нашего совѣта старѣйшинъ, то она чрезвычайно широка и захватываетъ самые разнообразные вопросы отъ чрезвычайно важнаго вопроса о порядкѣ разсмотрѣнія законопроектовъ и о планѣ думскихъ работъ до мелкаго вопроса о принятіи участія въ выставкѣ въ Токіо. За два года работы думы слѣдующіе вопросы обсуждались совѣтомъ старѣйшинъ:

1) Составленіе плана законодательныхъ работъ и порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ [1]).

2) Направленіе законопроектовъ въ различныя комиссіи и ихъ распредѣленіе между комиссіями [2]).

---

[1]) „Рѣчь“ за 1908 годъ, №№ 250, 258 и 273; за 1909 г. № 23.

[2]) „Рѣчь“, 1908 г., №№ 128, 305; 1909 г., № 23.

3) Организація думскихъ комиссій, способъ ихъ избранія и распредѣленіе мѣстъ между представителями различныхъ фракцій [1]).

4) Сокращеніе преній и числа ораторовъ [2]).

5) Порядокъ разсмотрѣнія бюджета [3]).

6) Порядокъ разсмотрѣнія запросовъ [4]).

7) Выясненіе числа засѣданій въ недѣлю [5]).

8) О срокѣ рождественскаго перерыва сессіи [6]).

9) О срокахъ конца и начала сессіи [7]).

10) О толкованіи § 128 наказа [8]).

11) О штатахъ думской канцеляріи [9]).

12) О выставкѣ въ Токіо [10]).

Изъ вопросовъ, обсуждавшихся совѣтомъ старѣйшинъ, наиболѣе важнымъ и возбудившимъ осенью 1908 года вниманіе и широкихъ общественныхъ круговъ, является вопросъ о программѣ думской сессіи, о планѣ думскихъ работъ. Возбужденіе вопроса о программѣ сессіи дало возможность думскимъ фракціямъ представить въ совѣтъ старѣйшинъ свои программы работъ думы и такимъ образомъ лишній разъ продемонстрировать передъ избирателемъ свою платформу. Однако же еще, помимо этого обстоятельства, особый интересъ преніямъ въ Seniorenconvent'ѣ придало обсужденіе письма Столыпина Хомякову, въ которомъ предсѣдатель совѣта министровъ настаивалъ на отсрочкѣ обсужденія закона 9 ноября. Оппозиція устами П. Н. Милюкова высказалась противъ предложенія предсѣдателя совѣта министровъ. П. Н. Милюковъ указалъ, что письмо можетъ служить лишь справкой для Seniorenconvent'а, ибо если бы это была программа, то она была бы прочтена въ видѣ декларацiи съ думской трибуны. Въ заключеніе онъ предложилъ на разсмотрѣніе совѣта старѣйшинъ проектъ думскихъ работъ фракціи народной свободы. А. И. Гучковъ прочелъ проектъ фракціи союза 17 октября [11]).

---

[1]) „Рѣчь", 1907 г., №№ 268, 280; 1908 г., №№ 36, 280.
[2]) „Рѣчь", 1907 г., №№ 268, 280; 1908 г., № 273.
[3]) „Рѣчь", 1908 г., №№ 56, 65, 97, 152, 299; 1909 г., № 54.
[4]) „Рѣчь", 1908 г., № 273.
[5]) „Рѣчь", 1908 г., № 97.
[6]) „Рѣчь", 1907 г., № 280.
[7]) „Рѣчь", 1908 г., № 142.
[8]) „Рѣчь", 1907 г., № 280.
[9]) „Рѣчь", 1908 г., № 36.
[10]) „Рѣчь", 1908 г.
[11]) „Рѣчь" за 1908 годъ, № 258.

Вопросъ о программѣ думскихъ работъ разсматривался въ совѣтѣ старѣйшинъ также и въ началѣ третьей сессіи, въ засѣданіяхъ 9 [1]) и 13 [2]) октября 1909 года. Е. Н. Милюковъ указывалъ на необходимость разсмотрѣнія въ первую очередь законопроекта о неприкосновенности личности, а А. И. Гучковъ—законопроекта о крестьянскомъ переустройствѣ. Что касается общаго плана работъ думы въ теченіе всей сессіи, то представленныя различными фракціями программы работъ рѣшено было отпечатать и разослать во фракцію для предварительнаго обсужденія, а затѣмъ уже подвергнуть разсмотрѣнію въ совѣтѣ старѣйшинъ. Рѣшено было также устроить совмѣстное засѣданіе совѣта старѣйшинъ съ предсѣдателями думскихъ комиссій для установленія порядка разсмотрѣнія законопроектовъ въ комиссіяхъ. Такія совмѣстныя засѣданія должны повторяться періодически.

Наконецъ, интересно отмѣтить, что 26 іюня 1908 года въ засѣданіе совѣта старѣйшинъ прибылъ министръ финансовъ В. Н. Коковцевъ и принялъ участіе въ преніяхъ относительно порядка разсмотрѣнія росписи на 1909 годъ. Министру старѣйшинами (въ числѣ ихъ А. И. Шингаревымъ) предлагался рядъ вопросовъ: 1) объ объединеніи смѣтныхъ представленій различныхъ вѣдомствъ; 2) о перенесеніи начала бюджетнаго года на 1 апрѣля; 3) объ измѣненіи правилъ 8 марта и пр. При его участіи обсуждался порядокъ занятій думской бюджетной комиссіи [3]). Такимъ образомъ, совѣтъ старѣйшинъ является не только учрежденіемъ, авторитетъ котораго признанъ государственной думой, его значеніе и важность вынесенныхъ имъ рѣшеній признаны и представителями правительства. Къ нашему совѣту старѣйшинъ можно смѣло примѣнить слова, сказанныя депутатамъ германскаго рейхстага: „Der Seniorenconvent ist doch ein sehr ehrwürdiges und heilbringendes Institut, gegen dessen Autorität zu rebelliren ich mir nicht erlauben möchte...“

VI.

Какое же основное положеніе можно съ очевидною несомнѣнностью установить на основаніи сравнительнаго изученія фактическаго матеріала, собраннаго нами въ предыдущихъ главахъ? Оно

[1]) „Рѣчь“ за 1909 годъ, № 278.
[2]) „Рѣчь“ за 1909 годъ, № 128.
[3]) „Рѣчь“ за 1909 годъ, № 152.

само собою напрашивается и, какъ намъ кажется, вполнѣ соотвѣтствуетъ истинному положенію вещей. Совѣтъ старѣйшинъ (Seniorenconvent) или же подобныя ему учрежденія могутъ возникнуть и успѣшно функціонировать лишь въ дуалистическихъ монархіяхъ (Россія, Германія, Пруссія) и республикахъ (С.-А. Соединенные Штаты), но въ странахъ съ парламентарнымъ образомъ правленія нѣтъ необходимости въ существованіи совѣщанія представителей отъ фракцій при президіумѣ, и всѣ тѣ дѣла, которыя въ дуалистическихъ государствахъ отнесены парламентской практикой къ компетенціи этого учрежденія, въ государствахъ парламентарныхъ переданы отвѣтственному кабинету.

И дѣйствительно, въ условіяхъ нормальнаго развитія принциповъ парламентаризма нѣтъ нужды въ существованіи совѣта старѣйшинъ. Въ государствахъ дуалистическихъ министерство, состоящее изъ лицъ, часто враждебно настроенныхъ по отношенію къ парламентскому большинству, во всякомъ случаѣ почти всегда ему чуждыхъ и хладнокровныхъ къ судьбѣ большинства палаты, ни въ коемъ случаѣ не можетъ претендовать на исполненіе роли руководителя законодательныхъ работъ, ему палатой не можетъ быть поручено составленіе плана законодательныхъ работъ въ теченіе сессіи. Поэтому вполнѣ естественнымъ является стремленіе палатъ въ дуалистическихъ государствахъ къ созданію особаго органа, близкаго къ палатамъ, стоящаго съ ними въ непосредственной генетической связи, которому можно было бы поручить установленіе порядка разсмотрѣнія законопроектовъ, и при томъ такимъ образомъ, чтобы не пострадали интересы различныхъ парламентскихъ группъ. Парламентская практика приходитъ на помощь стремленіямъ палатъ и создаетъ совѣщанія представителей отъ фракцій при президіумѣ. Въ различныхъ странахъ одни и тѣ же политическія условія создаютъ одинаковые институты. Стремленіе палатъ оградить свое право распредѣленія занятій въ теченіе сессіи отъ вмѣшательства министерской власти [1]) находитъ себѣ осуществленіе въ созданіи сеньоренконвентовъ.

Не то въ государствахъ парламентарныхъ, тамъ министерство никогда не бываетъ чуждымъ большинству палаты, ни тѣмъ болѣе

---

[1]) Характернымъ примѣромъ такого огражденія права законодательнаго собранія регулировать самостоятельно порядокъ разсмотрѣнія законопроектовъ является отношеніе нашего совѣта старѣйшинъ осенью 1908 года къ письму предсѣдателя совѣта министровъ о необходимости разсмотрѣнія въ первую очередь закона 9 ноября.

враждебнымъ ему; наоборотъ, вышедшее изъ среды этого парламентскаго большинства и проводящее въ жизнь основные принципы создавшаго его большинства, оно всегда является для парламентскаго большинства ближайшимъ соратникомъ и помощникомъ въ осуществленіи программы той партіи, которую избирателямъ угодно было призвать къ власти. Поэтому въ государствахъ парламентарныхъ не можетъ возникнуть никакихъ разногласій между большинствомъ палаты и министерствомъ по вопросу о порядкѣ разсмотрѣнія палатою законопроектовъ, по вопросу о планѣ законодательныхъ работъ. Воля министерства это воля парламентскаго большинства.

Слѣдуетъ также указать, что наряду съ указанными выше причинами возникновенія Seniorenconvent'овъ въ государствахъ дуалистическихъ имѣется еще одно условіе, тѣсно связанное съ указанными выше причинами, способствующее развитію такого рода учрежденій. Дѣло въ томъ, что какъ въ Пруссіи и Германіи, такъ и въ Россіи нижнія палаты состоятъ изъ порядочнаго числа сравнительно немногочисленныхъ партійныхъ группъ или фракцій. При наличности такой дробности состава законодательнаго собранія необходимо, очевидно, принять мѣры къ соглашенію взглядовъ различныхъ партій, къ устраненію излишнихъ преній и къ созданію извѣстной средней линіи поведенія. Вотъ эта-то сложная и щекотливая задача и возлагается на Seniorenconvent; ему поручается найти опредѣленный парламентскій modus vivendi и въ частности разрѣшить наиболѣе важный вопросъ въ этой области, а именно вопросъ о порядкѣ разсмотрѣнія законопроектовъ. Такимъ образомъ, разнородность партійнаго состава палаты вызываетъ къ жизни совѣтъ старѣйшинъ.

Наоборотъ при системѣ однородности большинства законодательнаго собранія, при наличности существованія въ странѣ и въ парламентѣ лишь двухъ крупныхъ политическихъ партій не возникаетъ недоразумѣній въ вопросѣ о распредѣленіи порядка разсмотрѣнія законопроектовъ. Партія, обладающая большинствомъ въ палатѣ, чрезъ посредство однороднаго съ ней по своему партійному составу министерства, устанавливаетъ планъ законодательныхъ работъ въ теченіе сессіи. Такимъ образомъ, для выясненія вопроса о томъ, почему въ государствахъ съ парламентарнымъ образомъ правленія руководство теченіемъ законодательныхъ работъ передано въ руки министерства, не слѣдуетъ также забывать и того обстоятельства, что въ большинствѣ этихъ странъ имѣются

лишь двѣ большія политическія партіи, поперемѣнно стоящія у власти, и потому тамъ нѣтъ необходимости приводить къ соглашенію взгляды многочисленныхъ парламентскихъ фракцій.

Какая судьба ожидаетъ въ будущемъ нашъ совѣтъ старѣйшинъ, столь успѣшно функціонирующій въ настоящее время? Вопросъ о дальнѣйшей судьбѣ совѣта старѣйшинъ находится въ тѣснѣйшей связи съ вопросомъ о томъ, по какому пути пойдетъ дальнѣйшее развитіе началъ нашего „обновленнаго строя". Въ данный моментъ совѣтъ старѣйшинъ является учрежденіемъ весьма полезнымъ для упорядоченія теченія парламентской работы, учрежденіемъ, стоящимъ на стражѣ прерогативъ парламента и руководящимъ его работой. И если намъ суждено еще въ теченіе цѣлаго ряда лѣтъ существовать подъ сѣнью дуалистической монархіи, то и совѣтъ старѣйшинъ окрѣпнетъ и разовьется, станетъ одной изъ хотя бы и небольшихъ, но необходимыхъ частей механизма нашей законодательной системы и займетъ прочное мѣсто въ системѣ дуализма, подобно тому, какъ это уже случилось съ Seniorenconvent'ами Пруссіи и Германіи.

Но если началу представительства, являющемуся краеугольнымъ камнемъ и основнымъ жизненнымъ нервомъ всего нашего новаго государственнаго строя, суждено окончательно упрочиться, развиться и вылиться въ болѣе совершенныя формы, то тѣмъ рѣшена будетъ и участь совѣта старѣйшинъ: онъ исчезнетъ и его функціи будутъ переданы парламентскому министерству, отвѣтственному передъ большинствомъ палаты и однородному по своему партійному составу съ этимъ же большинствомъ.

По окончаніи доклада открылись пренія.

П. Г. Мижуевъ. Докладчикъ обусловливаетъ существованіе Seniorenconvent'а двумя причинами: отсутствіе парламентаризма и дробностью политическихъ партій. Указаніе на первую едва ли вѣрно. Во французскомъ парламентѣ учрежденіе, подобное Seniorenconvent'у существуетъ. Сопоставленіе въ этомъ отношеніи Сѣв. Амер. Соед. Штатовъ и Пруссіи невѣрно. Въ конституціи Соед. Штатовъ послѣдовательно проведена доктрина раздѣленія властей. Пруссія типичная дуалистическая монархія. Въ Пруссіи кабинетъ имѣетъ законодательную инициативу, въ Соед. Штатахъ онъ ея лишенъ. Въ Пруссіи Seniorenconvent образуется изъ представителей, посылаемыхъ фракціями, американскій комитетъ назначается спикеромъ. Вліяніе дробности

политическихъ партій понятно, съ ея устраненіемъ, что будетъ показателемъ роста нашей государственной жизни, исчезнетъ въ государственной думѣ необходимость въ Seniorenconvent'ѣ.

К. Л. Берманьскій. Значеніе нашего совѣта старѣйшинъ въ томъ, что во многомъ, благодаря ему, упрочился авторитетъ государственной думы. Существованіе Seniorenconvent'а, какъ института, зависитъ значительно больше отъ организаціи политическихъ партій, чѣмъ отъ организаціи государственной власти. Особенно интереснымъ въ разрѣшеніи этого спора былъ бы примѣръ Австріи, государства парламентарнаго, гдѣ обостренность борьбы многочисленныхъ политическихъ партій особенно велика, но, къ сожалѣнію, съ положеніемъ Seniorenconvent'а въ этомъ государствѣ докладчикъ насъ не познакомилъ. Равномѣрность представительства въ русскомъ совѣтѣ старѣйшинъ, едва ли составляетъ его достоинство, какъ это думаетъ докладчикъ. Пропорціонально составленный Seniorenconvent точнѣе бы отражалъ соотношеніе силъ въ палатѣ и служилъ бы лучшимъ выразителемъ ея воли.

І. В. Іошунскій. Въ австрійскомъ рейхсратѣ Seniorenconvent существуетъ. Образовался онъ недавно, послѣ реформы избирательнаго права; въ старомъ рейхсратѣ Seniorenconvent'а не было. Представительство равномѣрное подобно русскому совѣту старѣйшинъ. Дѣятельность его показываетъ, что Seniorenconvent есть лишь неизбѣжное зло парламентской жизни. Техническая подготовка парламентскаго дня въ совѣщаніи представителей фракцій фактически предрѣшаетъ весь ходъ засѣданія. Наряду съ plenum'омъ палаты выростаетъ другая ограниченная по составу, безотвѣтственная коллегія, постепенно забирающая ея власть. Подтвержденіе этого положенія мы находимъ въ Россіи. Напомню, что столь важный вопросъ какъ порядокъ работъ въ текущей сессіи не восходилъ до plenum'а думы, а былъ рѣшенъ въ закрытомъ засѣданіи совѣта старѣйшинъ. Гласность, въ видѣ опубликованія рѣшеній Seniorenconvent'а, является прямо необходимой, иначе эти рѣшенія пріобрѣтутъ тотъ же характеръ келейныхъ, между-фракціонныхъ соглашеній, устраненіе которыхъ составляетъ главное оправданіе Seniorenconvent'овъ.

М. Я. Острогорскій. Тезисъ докладчика, зависимость Seniorenconvent'овъ отъ отсутствія парламентаризма остался необоснованнымъ. Другое условіе существованія, дробность поли-

тическихъ партій, также не является столь категоричнымъ. Въ Сѣв. Амер. Соед. Штатахъ, несмотря на наличность лишь двухъ крупныхъ политическихъ партій, мы видимъ учрежденіе аналогичное западно-европейскимъ Seniorenconvent'амъ. Во Франціи дробность политическихъ партій до сихъ поръ не привела къ правильно организованному Seniorenconvent'у, его функціи несла до сихъ поръ объединяющая не весь составъ палаты, такъ называемая делегація лѣвыхъ. Въ дѣйствительности причины, обусловливающія существованіе Seniorenconvent'а, гораздо болѣе многосложны, лежатъ въ общемъ укладѣ политической жизни каждой страны, въ отношеніи политическихъ партій другъ къ другу. Внесеніе въ эти отношенія большаго уваженія къ своимъ противникамъ, въ укрѣпленіи признанія правъ меньшинства, основная задача Seniorenconvent'а. Въ этомъ, въ повышеніи этическаго уровня нашей парламентской жизни, гораздо больше, чѣмъ въ технической подготовкѣ думскихъ засѣданій, какъ то полагаетъ докладчикъ, надо видѣть и задачу, пока еще далеко не выполненную нашего совѣта старѣйшинъ.

Докладчикъ П. П. Гронскій. Указанные моими оппонентами пробѣлы въ значительной степени оправдываются бѣдностью существующихъ по данному вопросу матеріаловъ. Объ Австрійскомъ Seniorenconvent'ѣ мнѣ удалось разыскать лишь отрывочныя газетныя замѣтки, опираться на которыя я не счелъ возможнымъ. Относительно Франціи также нѣтъ оффиціальныхъ данныхъ. Упрекъ П. Г. Мижуева въ незнаніи основныхъ отличій дуалистической монархіи и государственнаго строя Сѣв. Амер. Соед. Штатовъ несправедливъ. Я сопоставлялъ не право исполнительной власти, а положеніе кабинета въ его непосредственномъ отношеніи къ парламенту, не составъ, а функціи Seniorenconvent'а и Сѣв. Американскаго комитета; здѣсь аналогія полная. Пожеланіе І. В. Іошунскаго о гласности рѣшеній совѣта старѣйшинъ едва ли пріемлемо. Гласность скорѣе затруднитъ возможность тѣхъ соглашеній, къ установленію которыхъ призванъ Seniorenconvent.

Предсѣдатель В. Д. Кузьминъ-Караваевъ. Изъ всѣхъ вопросовъ, затронутыхъ въ преніяхъ, отношеніе къ Seniorenconvent'у является наиболѣе существеннымъ. Отношеніе докладчика въ общемъ симпатичное. Пренія вскрыли и обратную сторону вопроса. Дѣйствительно, Seniorenconvent можетъ быть только тогда на высотѣ своей задачи, когда его власть нахо-

дить свои предѣлы. Соглашеніе о порядкѣ работъ необходимо, но въ соглашеніи о сокращеніи списка ораторовъ уже получаетъ торжество начало фракціонности. Именно благодаря совѣту старѣйшинъ въ третьей думѣ были скомканы пренія о землеустройствѣ. Распредѣленіе мѣстъ въ комиссіяхъ по предварительному уговору фракцій, лишаетъ думу въ цѣломъ и каждаго ея члена въ отдѣльности возможности воздѣйствовать на личный составъ комиссій. Такимъ образомъ, хотя предварительная организація парламентской работы необходима, но дѣятельности Seniorenconvent'a должна быть поставлена граница. Прежде чѣмъ закрыть собраніе позвольте выразить благодарность докладчику и гг. оппонентамъ, освѣтившимъ намъ столь интересный вопросъ.

Засѣданіе закрыто около 12 час. ночи.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

9 декабря 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ члена редакціоннаго комитета административнаго отдѣленія *В. М. Гессена.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ *Я. М. Магазинера: „Восемьдесятъ седьмая статья“.*

Въ началѣ засѣданія, собраніе по предложенію *предсѣдательствующаго*, избираетъ членомъ-сотрудникомъ общества докладчика Я. М. Магазинера.

Затѣмъ слово предоставляется докладчику, *Я. М. Магазинеру*, изложившему слѣдующій докладъ:

I. Общее ученіе о чрезвычайномъ указѣ.

А. Основанія чрезвычайно-указной дѣятельности.

Принципъ верховенства закона, лежащій въ основѣ всякаго конституціоннаго порядка, требуетъ, чтобы ни одинъ государственный актъ, имѣющій значеніе и силу закона, не могъ быть изданъ безъ участія парламента (ст. 86 Осн. Зак. 1906 г.). Въ противоположность доктринѣ и практикѣ самодержавнаго госу-

дарства, въ силу которыхъ „Высочайшій указъ, по частному дѣлу послѣдовавшій, или особенно на какой-либо родъ дѣлъ состоявшійся, по сему именно дѣлу или роду дѣлъ отмѣняетъ дѣйствіе законовъ общихъ“ (ст. 70 Осн. Зак. 1892 г.),—конституціонный строй покоится на принципѣ преимущественной силы закона предъ всѣми другими актами государственной воли: „Законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона. Посему, доколѣ новымъ закономъ положительно не отмѣненъ законъ существующій, онъ сохраняетъ полную свою силу“ (ст. 94 Осн. Зак. 1906 г.). Это начало обязательности законодательнаго порядка для изданія и отмѣны актовъ съ силою закона—сталкивается однако съ другимъ, не менѣе прочно установившимся началомъ конституціоннаго строя, съ принципомъ прерывности занятій парламента. Въ силу этого принципа,—дѣйствующаго почти всюду, если исключить такія постоянныя законодательныя палаты, какъ германскій союзный совѣтъ, итальянскій или французскій сенатъ,—законодательный періодъ распадается на сессіи, съ болѣе или менѣе значительными промежутками между ними. Въ одинъ изъ такихъ промежутковъ между сессіями, могутъ имѣть мѣсто исключительныя обстоятельства, неотложно требующія мѣръ законодательнаго характера,—между тѣмъ парламентъ, безъ котораго эти мѣры не могутъ быть приняты, прекратилъ свои занятія. Въ такихъ исключительныхъ обстоятельствахъ. исполнительной власти должны быть предоставлены соотвѣтствующія имъ исключительныя полномочія, и сфера административной дѣятельности правительства, которая, какъ общее правило, подзаконна, должна быть раздвинута включеніемъ въ эту сферу вопросовъ законодательнаго характера.

Въ такой абстрактной формулировкѣ, принципъ, лежащій въ основѣ ст. 87 Осн. Зак., не является спеціальной принадлежностью какого-либо опредѣленнаго типа конституціоннаго устройства и, независимо отъ догмы конституціи, онъ можетъ фактически примѣняться и тамъ, гдѣ занимаетъ опредѣленный § въ конституціи [1]), и тамъ, гдѣ конституція его не предусматриваетъ или

[1]) Россія 87 (1906), Австрія § 14 (1867), Данія 25 (1849), Пруссія 63 (1850), Баденъ §§ 66—67 (1818), Баварія Pol-Str.-Ges.-B. § 9 (1871), Саксонія § 88 (1831), Вюртембергъ §§ 88—89 (1819), Болгарія 47 (1879), Черногорія 75 (1905), Японія 8 (1889), Турція 36 (1876), и большинство мелкихъ германскихъ государствъ: Вальдекъ § 7 (1852), Брауншвейгъ § 120 (1832), Саксенъ-Альтенбургъ § 211 (1831), Саксенъ-Веймаръ § 61 (1850), Гессенъ ст. 73 (1820, 1862), Ганноверъ 72 (1818, 1833), Ольденбургъ 137 (1852), Рейссъ

прямо *запрещаетъ*, не допуская никакихъ изъятій изъ принципа верховенства закона [1]), поскольку и здѣсь возможно наступленіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ, когда палаты не въ сборѣ, и необходимо съ неотложной быстротой принять мѣры, выходящія за предѣлы конституціонныхъ полномочій правительства.

Замѣчательный примѣръ представляетъ въ этомъ отношеніи Италія. Основной ея статутъ 4 марта 1848 г., созданный по образцу іюльской хартіи 1830 года, въ ст. 6 прямо запрещаетъ изданіе чрезвычайныхъ указовъ: „Король... издаетъ указы и распоряженія, необходимые для исполненія законовъ, *не отсрочивая и не уничтожая дѣйствія послѣднихъ* (т. е. безъ права суспенсаціи и диспенсаціи); единственное изъятіе изъ этого общаго принципа было установлено для переходнаго времени, съ момента обнародованія статута и до дня перваго собранія обѣихъ палатъ: въ этотъ промежутокъ „*спѣшныя государственныя дѣла* будутъ разрѣшаться постановленіями монарха, въ порядкѣ и формахъ, до сихъ поръ принятыхъ".. (ст. 82, переходныя постановленія). Несмотря, однако, на категорическое запрещеніе конституціи, чрезвычайные указы одинъ за другимъ издавались королемъ, и за время 1848—1889 было издано не менѣе 66 чрезвычайныхъ указовъ, изъ коихъ на одинъ промежутокъ 1860—66 пришлось 45 указовъ: это были тревожные годы объединенія Италіи, и не было возможности, для каждаго единичнаго присоединенія территоріи, ждать санкціи парламента, въ которой никто не сомнѣвался. Но и значительно ближе къ нашему времени, при третьемъ министерствѣ Криспи (1893—96), было издано по крайней мѣрѣ 20 указовъ законодательнаго значенія, изъ которыхъ далеко не всѣ могли быть оправданы крайней государственной необходимостью [2]): въ этомъ порядкѣ нормировались не только денежное

старш. лин. § 67 (1867), Рейссъ мл. лин. §§ 66—67 (1852), Липпе § 3 (1867), Шаумбургъ-Липпе § 31 (1868), Ангальтъ § 20 (1859), Шварцбургъ-Зондергаузенъ § 39 (1857) и Шварцбургъ-Рудольштадтъ §§ 25, 43 п. 1 (1854).

[1]) Чрезвычайные указы прямо запрещены въ конституціяхъ Бельгіи 67, Греціи 35, Италіи 6, Румыніи 93, Сербіи 116, Швеціи 87; кромѣ того, нѣтъ чрезвычайно-указнаго права въ Германіи, Норвегіи, Испаніи, Португаліи, Венгріи, Голландіи, Англіи и въ республикахъ вообще.—Во Франціи чрезвычайные указы были прямо запрещены еще ст. 13-й конституціи 1830 г.

[2]) *H. Gmelin.* Ueber den Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien, Karlsruhe, 1907, S.s. 89—140. Ср. также *L. Dupriez.* Les ministres dans les

обращеніе и чеканка монеты, но и реорганизація финансовъ и новые налоги. Нѣкоторые изъ этихъ указовъ дѣйствительно вполнѣ удовлетворяли условіямъ крайней необходимости: напр., въ этомъ порядкѣ были уменьшены налоги съ жителей, потерпѣвшихъ отъ землетрясенія. Были однако случаи, когда ссылка правительства на крайнюю государственную необходимость сильно оспаривалась. Такъ, уже послѣ Криспи, въ 1899 г. былъ изданъ указъ, измѣнявшій законы, касающіеся общественной безопасности и печати, едва ли оправдываемый обычными предпосылками чрезвычайно-указнаго права. Всѣ эти факты, вмѣстѣ взятые, свидѣтельствуютъ о замѣчательномъ явленіи: о существованіи въ Италіи чрезвычайно-указнаго права, какъ *обычно-правовой* нормы, представляющей собою одно изъ тѣхъ измѣненій конституціи, которое, не отражаясь на буквѣ конституціоннаго закона, имѣетъ въ то же время неоспоримую и неистребимую *правовую* силу. Если въ странахъ „англійскаго типа“ изданіе указа, противорѣчащаго закону, есть *правонарушеніе*, то здѣсь оно является такимъ же *правовымъ институтомъ*, какъ и въ странахъ „прусскаго типа“, гдѣ чрезвычайно-указное право нормируется закономъ [1]).

Такимъ образомъ, указы, противорѣчащіе закону, могутъ быть изданы въ странахъ, какъ парламентарныхъ, такъ и дуалистическихъ, какъ усвоившихъ принципъ чрезвычайно-указнаго права въ конституціи, такъ и его отрицающихъ. Даже болѣе того. Расширивъ постановку вопроса, мы увидимъ, что не только различныя системы представительства, но и неограниченныя монархіи—съ одной стороны и непосредственныя демократіи—съ другой, допускаютъ примѣненіе этого принципа, если раздвинуть его рамки и формулировать его, какъ *изданіе мѣръ законодательнаго значенія помимо обычнаго законодательнаго порядка*. Доконституціонная Россія даетъ намъ образецъ неограниченной монархіи, усвоившей и признавшей этотъ принципъ. Указомъ 12 декабря 1904 года на комитетъ министровъ возложена была обязанность обсудить способы проведенія въ жизнь „дѣйствительныхъ мѣръ къ охраненію полной силы закона“ (п. I); соображая способы недопущенія отступленій въ порядкѣ изданія законовъ, комитетъ министровъ съ одной стороны предполагалъ усилить власть сената по отношенію

principaux pays d'Europe et d'Amérique, 1892, p. 336 (о поправкахъ къ итальянскому уголовному уложенію 1888 г.).

[1]) *F. Glatzer*. Das Recht der provisorischen Gesetzgebung in Sonderheit nach preussischem Staatsrecht, Breslau, 1899, S.s. 108—109.

къ распубликованію законовъ, съ другой постановилъ: „Министры, если бы оказалась надобность придать принимаемымъ ими въ *обстоятельствахъ чрезвычайныхъ* мѣрамъ (Учр. Мин. ст. ст. 158 и 314) обязательную силу на болѣе или менѣе продолжительное время, обязываются безотлагательно представлять объ изданіи временныхъ для сего правилъ или постояннаго закона въ установленномъ порядкѣ“ [1]). Подробную разработку этого принципа комитетъ министровъ поручилъ государственному секретарю, по представленію котораго Государственный Совѣтъ мнѣніемъ положилъ:.. „5) Министры о принимаемыхъ ими, въ *чрезвычайныхъ обстоятельствахъ* мѣрахъ на основаніи предоставленныхъ имъ *по закону полномочій* (Св. Зак. т. I ч. 2 изд. 1892 г.; Учр. Мин. ст. 158, 210 и 314) и о причинахъ настоятельности сихъ мѣръ доносятъ Правительствующему Сенату. Равнымъ образомъ, министры доносятъ Сенату и о тѣхъ мѣрахъ, на принятіе коихъ въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ послѣдовало *Высочайшее соизволеніе въ порядкѣ верховнаго управленія* (Св. Зак. т. I, ч. 2; Учр. Ком. Мин. ст. 26 п. 1). 6) Если принятыя въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ мѣры (ст. 5) заключаютъ въ себѣ *постановленія, не предусмотрѣнныя законами*, и дѣйствіе ихъ оказалось необходимымъ продолжить на срокъ не болѣе шести мѣсяцевъ, то подлежащій министръ, до истеченія сего срока, обязанъ войти съ *представленіемъ въ законодательномъ порядкѣ* объ изданіи на сей предметъ закона, хотя бы и временнаго или ограниченнаго лишь опредѣленною мѣстностью, и одновременно донести о семъ Правительствующему Сенату“ (Выс. утв. 6 іюня 1905 г. Мн. Гос. Сов., Собр. Узак., ст. 999) [2]).

---

[1]) *Журналы Комитета Министровъ* по исполненію указа 12 декабря 1904 г. Изд. канц. Ком. Мин., 1905; Высоч. утв. 17 января 1905 года особ. журн. Ком. Мин. по исполн. пункта перваго указа. Стр. 20—35.

[2]) Ограничивая свою задачу одной лишь принципіальной стороной вопроса, мы не затрагиваемъ здѣсь той истины, что, на практикѣ, формальное понятіе закона не можетъ получить дѣйствительной силы въ абсолютной монархіи. Этимъ *фактомъ* не могутъ быть однако вычеркнуты изъ исторіи русскаго *права* многочисленныя попытки дать этому понятію юридическую силу (1810—1905), и въ частности—предконституціонный актъ 6 іюня 1905 г., отразившійся и на нашей юридической практикѣ. Такъ, въ согласіи съ этимъ актомъ, 27 октября 1905 г. былъ Высочайше одобренъ докладъ предсѣдателя совѣта министровъ о введеніи польскаго и литовскаго языковъ въ частныхъ учебныхъ заведеніяхъ Варшавскаго округа и т. д. Хотя такая мѣра требовала законодательнаго порядка, т. е. прохожденія чрезъ Гос. Со-

Примѣръ непосредственной демократіи, допускающій тотъ же принципъ, представляетъ Швейцарская федерація. Главой законодательной власти здѣсь является суверенный народъ: „Союзные законы должны передаваться народу, для принятія или отклоненія, если этого потребуютъ 30.000 имѣющихъ право голоса гражданъ или восемь кантоновъ“ (ст. 89 конст. 1874 г.). При современномъ строѣ швейцарскаго союза, съ его референдумомъ и иниціативой, отношеніе между парламентомъ и электоратомъ въ Швейцаріи аналогично отношенію между министерствомъ и парламентомъ въ странахъ парламентарнаго типа. Подобно тому, какъ дѣйствія парламентарнаго министерства черпаютъ свою силу въ предполагаемомъ одобреніи парламента, такъ акты Союзнаго Собранія получаютъ силу и вступаютъ въ дѣйствіе лишь послѣ явнаго или предполагаемаго одобренія электората: народъ даетъ имъ свою молчаливую санкцію, когда не требуетъ референдума, и накладываетъ на нихъ свое veto, когда пожелаетъ этого [1]). Необходимо однако имѣть въ виду двоякое различіе между сравниваемыми учрежденіями. Во 1-хъ, то, что парламентарное мини-

---

вѣтъ, но въ виду того, мотивируетъ докладъ, что населеніе придаетъ особое значеніе скорѣйшему осуществленію этихъ мѣръ, а прохожденіе чрезъ Гос. Совѣтъ потребуетъ болѣе или менѣе продолжительнаго времени,—является желательнымъ, впредь до окончательнаго разрѣшенія этихъ вопросовъ въ законодательномъ порядкѣ, предоставить министерству народнаго просвѣщенія привести указанныя мѣры въ исполненіе безотлагательно.—П. 5 акта 6 іюня вошелъ цѣликомъ въ Учр. Мин., въ видѣ примѣч. къ ст. 158 (Прод. Св. Зак. 1906 г., т. I, ч. 2). Ст. 158 стараго свода 1892 года, оставленная и по прод. 1906 года, гласитъ: „Въ обстоятельствахъ *чрезвычайныхъ*, требующихъ высшаго разрѣшенія, когда не можетъ оно быть отлагаемо безъ важнаго вреда или государственнаго ущерба, министры уполномочиваются дѣйствовать, *всѣми ввѣренными имъ способами*, не ожидая сего разрѣшенія; но они обязаны доносить въ то же время о принятыхъ ими мѣрахъ и о причинахъ ихъ настоятельности“. Дата статьи—1811 годъ. Проф. *бар. Нольде* (Очерки русскаго конст. права, вып. I, Спб., 1907), справедливо указываетъ на сохраненіе ст. 158 и прим. къ ней, какъ на кодификаціонную ошибку, такъ какъ она отмѣнена ст. 122-й Осн. Зак. Въ томъ же смыслѣ— *І. Гессенъ*, „Право“, 1909, № 10, стр. 616. См. также ст. 211 Учр. Мин. по прод. 1906 г.

[1]) Данныя, приводимыя *Ѳ. Куртц*, Исторія народнаго законодательства и демократіи въ Швейцаріи, Спб., 1900, стр. 222, показываютъ, что несмотря на факультативность референдума, народъ пользовался своимъ правомъ veto гораздо чаще, чѣмъ нѣкоторые монархи: изъ 187 предложеній, которыя народъ могъ потребовать для пересмотра, онъ потребовалъ 39, и 22 изъ нихъ отвергъ.

стерство имѣетъ власть по отношенію къ актамъ административнымъ, т. е. въ предѣлахъ закона; въ Швейцарскомъ союзѣ парламентъ имѣетъ аналогичную власть по отношенію къ самому изданію законовъ. Во 2-хъ, въ парламентарныхъ странахъ принята презумпція согласія парламента на дѣйствія министерства, пока не будетъ обнаружено противное; между тѣмъ учрежденія Союза въ значительной степени проникнуты тѣмъ принципомъ, который возведенъ былъ А. Менгеромъ на степень единственно-правильнаго основанія всякой народной политики, принципомъ недовѣрія къ представительнымъ учрежденіямъ. Въ силу этого принципа, какъ бы устанавливается *презумпція несогласія* электората на акты, выработанные Союзнымъ Собраніемъ, и эта презумпція сохраняетъ свою силу, пока не будетъ опровергнута: пока избиратели въ опредѣленной, положительной или отрицательной формѣ, не выскажутъ своего одобренія акту Союзнаго Собранія, онъ не вступаетъ въ дѣйствіе. Такое необычное, допустимое только въ совершенно своеобразной системѣ новѣйшаго народоправства, начало съ трудомъ мирится съ привычными понятіями, выросшими на почвѣ представительной системы; однако оно прямо вытекаетъ изъ организаціи разсматриваемаго института. Девяносто дней, говоритъ *Orelli*, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft [1]), ждетъ Союзное Собраніе, не потребуютъ ли 30.000 правоспособныхъ гражданъ референдума; послѣ констатированія наличности надлежащаго числа подписей, назначается, не позже, чѣмъ черезъ четыре недѣли, день для народнаго голосованія; положительный исходъ голосованія даетъ Союзному Совѣту право опубликовать принятое предложеніе къ исполненію; при отрицательномъ исходѣ—предложеніе падаетъ.

Юридическая природа референдума еще долго будетъ служить предметомъ самыхъ непримиримыхъ конструкцій; не только вопросъ о предѣлахъ дѣйствія референдума, но и самое существо его—напр., является ли онъ суспенсивнымъ или резолютивнымъ условіемъ для силы актовъ Союзнаго Собранія [2]),—все это про-

---

[1]) *Handbuch des öff. Rechtes* der Gegenwart, IV Band, I Halbband, II Abt., Freiburg, 1885, S. 80 f.

[2]) *J. Schollenberger*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berlin, 1905, считаетъ референдумъ одновременно и суспенсивнымъ и резолютивнымъ условіемъ, смотря по тому, идетъ ли рѣчь о Vollziehbarkeit или о Perfection, S. 520; о предѣлахъ референдума, которому не подлежатъ, между прочимъ, финансовыя мѣры и договоры съ ино-

блемы, далекія отъ своего разрѣшенія. Къ числу послѣднихъ относится и та, которая насъ здѣсь непосредственно занимаетъ. Это—вопросъ о границахъ и различіи между самыми актами Союзнаго Собранія. Согласно ст. 89 конституціи Швейцаріи не всѣ акты парламента подлежатъ референдуму: въ видѣ изъятія изъ описаннаго выше, общаго законодательнаго порядка выдѣлены нѣкоторыя изъ такъ называемыхъ „постановленій" Союзнаго Собранія (Beschlüsse, arrêtés). Эти постановленія, хотя бы они противорѣчили дѣйствующимъ законамъ и, слѣдовательно, имѣли матеріально-законодательное значеніе, не подвергаются референдуму. Они подлежатъ силѣ нормальнаго законодательнаго порядка только въ томъ случаѣ, если имѣютъ общее значеніе и не имѣютъ характера неотложности. Слѣдовательно, нормы необщеобязательнаго значенія и неотложнаго характера не должны передаваться на утвержденіе народа, т. е, *подобно чрезвычайнымъ указамъ, они вступаютъ въ дѣйствіе помимо общаго и нормальнаго законодательнаго порядка*, который здѣсь выражается въ факультативномъ референдумѣ [1]).

странными государствами, 528, и другой трудъ *того же автора*, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte u. System, Berlin, 1902, S. 233.

[1]) „Когда, спрашиваетъ *А. Дюнанъ*, Народное законодательство въ Швейцаріи, Спб., 1896 г. С. 99, законодательный декретъ нужно считать союзнымъ *закономъ*? Когда общеобязательное союзное *постановленіе* не имѣетъ характера неотложности? Очевидно, понятіе неотложности здѣсь плохо опредѣлено, и Союзному Собранію предоставлено также на произволъ,—назвать ли данное предписаніе, содержащее въ его декретѣ, *закономъ* или *постановленіемъ*. Собранію также предоставлено рѣшать, „общеобязательно" ли данное постановленіе или нѣтъ. Въ этомъ выраженіи также нѣтъ надлежащей опредѣленности, которая была бы тѣмъ болѣе желательной, что нѣмецкое выраженіе: „allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse", *общеобязательныя* союзныя постановленія, не совпадаетъ съ выраженіемъ французской редакціи: „arrêtés d'une portée générale", постановленія, *имѣющія общее значеніе*. Такимъ образомъ, здѣсь не положено опредѣленныхъ границъ произволу Союзнаго Собранія, и оно могло бы изъять изъ референдума нѣкоторыя постановленія, имѣющія гораздо большее значеніе, чѣмъ иные законы". Въ томъ же смыслѣ, что и Дюнанъ, высказывается *Н. М. Коркуновъ*, Указъ и законъ, Спб., 1893, стр. 306.—Поведеніе Союзнаго Собранія въ 1878 г. и въ аналогичныхъ случаяхъ ничего не измѣняетъ въ юридической постановкѣ вопроса, тѣмъ болѣе, что образъ дѣйствій Собранія различно комментируется и освѣщается. *Дюнанъ* считаетъ его во всякомъ случаѣ корректнымъ; напротивъ, *Лоуэлль* указываетъ на то, что Собраніе произвольно пользовалось своимъ полномочіемъ не подвергать референдуму „неотложныя и необщеобязательныя" постановленія.

Такимъ образомъ, мы встрѣчаемъ аналогичныя формы изучаемаго принципа на полярныхъ точкахъ государственнаго развитія, въ странахъ абсолютизма и народовластія, такъ же какъ въ промежуточной его фазѣ—въ системѣ представительства. Но два момента являются обязательной юридической предпосылкой для существованія этого принципа, какъ правового института. Это, во-первыхъ, принципіальное различіе между актами законодательства и управленія; въ частности—граница между *закономъ* и *указомъ*, поскольку для того, чтобы имѣло смыслъ изъятіе, должно существовать общее правило. Въ данномъ случаѣ *указный* порядокъ для рѣшенія *законодательныхъ* вопросовъ есть изъятіе изъ того правила, что такіе вопросы рѣшаются въ законодательномъ порядкѣ, т. е. при участіи всѣхъ элементовъ законодательной власти.— Но изданіе чрезвычайнаго указа является изъятіемъ и въ другомъ отношеніи, въ отношеніи къ принципу *верховенства закона*, въ силу коего указъ, т. е. единоличный актъ монарха, не можетъ отмѣнять закона, т. е. акта творчества всѣхъ необходимыхъ элементовъ законодательной власти. Въ силу этого, всѣ современныя конституціи, допускающія изданіе чрезвычайныхъ указовъ, какъ *право правительства*,—а не оправдываемую обстоятельствами *практику* безъ правовой санкціи, обставляютъ это право рядомъ ограниченій и оговорокъ, чтобы предупредить гибельное вліяніе этого изъятія на общее начало верховенства закона [1]). Поэтому можно, какъ общее правило, высказать ту мысль, что, чѣмъ глубже проведенъ въ конституціи принципъ верховенства закона, тѣмъ уже, по буквѣ закона, право изданія чрезвычайныхъ указовъ, тѣмъ больше ограниченій этого права [2]), если оно не отрицается вовсе за правительствомъ.

Шолленберіеръ также подчеркиваетъ юридическую неопредѣленность этихъ терминовъ: послѣдній неясенъ, а что неотложно—есть questio facti. Произволъ Союзнаго Собранія приводитъ къ тому, что оно часто можетъ объявить неотложнымъ и необщеобязательнымъ то, что не является ни тѣмъ ни другимъ. Во всякомъ случаѣ всѣ эти вопросы рѣшаетъ само Союзное Собраніе. *Schollenberger*, 529.

[1]) Исторія этихъ ограниченій и чрезвычайно-указнаго права въ Австріи у *L. Spiegel*, Die Kaiserlichen Notverordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrechte. Wien, 1893, S.s. 2—13.

[2]) Связь этого права съ принципомъ верховенства закона, изъятіемъ изъ коего оно является, подтверждается и приведеннымъ выше Выс. утв. 6 іюня 1905 года мнѣніемъ Гос. Совѣта. Достаточно указать, что основной задачей этого акта было „принять дѣйствительныя мѣры *къ охраненію полной силы закона*, важнѣйшей въ самодержавномъ государствѣ опорѣ пре-

Какія же задачи формально преслѣдуетъ установленіе этого права? Юридически оно можетъ быть выведено только изъ потребности уничтожить или парализовать значеніе медленности и прерывности законодательнаго процесса, изъ желанія сообщить государственному нормотворчеству тотъ характеръ непрерывности и приспособленности къ потребностямъ государственной жизни, который подрывается технико-юридическими недостатками законодательнаго механизма [1]). Сдѣлать законодательный процессъ непрерывнымъ, вопреки прерывному функціонированію его органовъ, сдѣлать его быстрымъ и эластичнымъ, устранивъ медлительную тяжесть его процедуры, сообщить ему цѣлесообразную приспособленность и сохранить его дѣятельную силу даже въ то время, когда онъ бездѣйствуетъ—въ этомъ смыслѣ и сила дискреціонныхъ полномочій правительства въ отсутствіе парламента и въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ. Только потребность въ непрерывности законотворчества, сталкивающаяся съ прерывностью функцій его органовъ, можетъ дать обоснованіе чрезвычайнымъ полномочіямъ правительства, функціи котораго по существу и на дѣлѣ непрерывны, и въ этомъ отношеніи рѣзче передаютъ юридически-безсмертную и вѣчно-дѣятельную природу самого государства. Съ этой формально-правовой точки зрѣнія, каковы бы ни были историческіе корни чрезвычайно-указнаго права, каковы бы ни были политическія злоупотребленія этимъ правомъ,—въ процессѣ своего развитія оно все болѣе и болѣе становится *самокоррективомъ представительной системы*, т. е. чрезвычайныя полно-

---

стола“ и „ограничить законодательную дѣятельность отъ распоряженій, въ порядкѣ верховнаго управленія издаваемыхъ“, т. е. установить принципъ верховенства закона. На практикѣ попытки эти, наполнявшія у насъ почти все минувшее столѣтіе, успѣха не имѣли и были прерваны актомъ 17 октября 1905 г. Однако, вопреки мнѣнію проф. *Н. И. Лазаревскаго* (Конституціонное право, Спб., 1908, стр. 165) нормы 6 іюня успѣли получить осуществленіе въ нѣкоторыхъ актахъ, изданныхъ въ 1905 году. Объ одномъ изъ нихъ—выше. Ср. Стен. Отч. Гос. Совѣта, III сес., зас. 19-е, 20 марта 1908 г., стр. 478—481 (рѣчь члена Гос. Совѣта *гр. Витте*).

[1]) Подчиненная въ опредѣленныхъ предѣлахъ законодательной власти, власть исполнительная имѣетъ одно „естественное и необходимое преимущество передъ нею: въ то время, какъ законодательная властъ, даже въ новѣйшихъ государствахъ, гдѣ производство законовъ становится все болѣе и болѣе обильнымъ, дѣйствуетъ съ перерывами,—исполнительная власть дѣйствуетъ по необходимости постоянно, безпрерывно; ея дѣятельность не можетъ ни на минуту остановиться, какъ и сама жизнь націи“. *А. Эсменъ*, Общія основанія конституціоннаго права, Спб., 1898, стр. 12.

мочія правительства по смыслу своему должны служить потребностямъ самихъ представительныхъ учрежденій и восполнять недочеты ихъ организаціи и дѣятельности; съ этой точки зрѣнія, неизбѣжные перерывы въ дѣятельности парламента являются не только правовымъ источникомъ силы правительственныхъ полномочій, но и единственно допустимымъ ихъ юридическимъ объясненіемъ.

Но такой смыслъ чрезвычайно-указное право получило въ результатѣ своего вѣкового развитія на континентѣ. Если мы обратимся къ его исходной точкѣ и станемъ искать ее тамъ, гдѣ указъ раньше всего обособился отъ закона, а такой страной въ Европѣ новаго времени будетъ, конечно, Англія, — то мы увидимъ, что тамъ чрезвычайно-указное право выполняло совершенно иныя, прямо противоположныя функціи. По словамъ *Г. Тэйлора*, уже при Генрихѣ VIII (1509—1547), который стремился пользоваться парламентомъ, какъ орудіемъ, появился знаменитый статутъ парламента, прозваннаго раболѣпнымъ. Въ силу этого статута (1539 г.) *прокламаціи короля получили полную силу закона.* (такъ назыв. lex regia). [1]) Право короля издавать ордонансы (Ordaining power),

[1]) *H. Tailor*, The origin and growth of the English Constitution, Boston-New-Iork, 1900, p. 179 слл. Вотъ текстъ этой lex regia, или, какъ ее называютъ иначе Statute of prerogative (цит. по рус. пер. *Дайси*, Основы гос. права Англіи, Спб., 1891, стр. 38: „Король въ настоящее время, съ согласія своего совѣта или большей части его, можетъ издавать прокламаціи и за неисполненіе ихъ назначать такія наказанія и взысканія, какія королю и его совѣту покажутся необходимыми; эти прокламаціи должны исполняться такъ же, *какъ если бы это были парламентскіе акты*; но онѣ не должны наносить ущерба никому по отношенію къ *наслѣдству, должности, имуществу*, движимому и недвижимому, и *жизни*. Если же кто-нибудь намѣренно преступитъ какой-нибудь изъ параграфовъ, заключающихся въ вышеупомянутыхъ прокламаціяхъ, онъ долженъ будетъ заплатить такой штрафъ и пробыть столько времени въ тюрьмѣ, сколько будетъ опредѣлено въ этихъ прокламаціяхъ. Если же преступникъ удалится изъ королевства, чтобы не подвергнуться отвѣтственности за вышесказанное преступленіе, онъ будетъ объявленъ измѣнникомъ". Прелюдіей этого статута является слѣдующее обращеніе одного изъ парламентовъ Генриха VIII къ королю: „Вашъ парламентъ имѣетъ полную власть не только самъ разрѣшать неповиновеніе этимъ или какимъ-либо другимъ человѣческимъ законамъ, но и уполномачивать то или иное лицо выдавать подобныя разрѣшенія". *Гнейстъ*, Исторія государственныхъ учрежденій Англіи, М. 1885, 546.—Моментъ изданія статута о прерогативѣ, т. е. сообщеніе единоличнымъ актамъ короля силы закона, представляетъ собою одинъ изъ двухъ полюсовъ, между которыми долго вращалась конституціонная исторія Англіи.

стало такимъ образомъ на новую почву. Послѣ того, какъ первый парламентъ Эдуарда VI (1547—1553) отмѣнилъ этотъ статутъ, корона вернулась къ старой королевской теоріи Ordaining power, въ силу которой при Эдуардѣ было издано нѣсколько прокламацій; одна изъ нихъ (1549) требовала, чтобы „всѣ разсказчики и распространители ложныхъ толковъ" были отсылаемы мировыми судьями на галеры, гдѣ они должны грести въ цѣпяхъ, пока будетъ угодно королю (during the kings pleasure). При Маріи (1553—58), которая продолжала ту же практику, была издана прокламація, которая объявляла, что всякій, у кого есть еретическія или измѣнническія книги, долженъ быть разсматриваемъ, какъ мятежникъ, и казненъ согласно военнымъ законамъ. Въ царствованіе Елизаветы (1558—1603) Ordaining power королевы въ совѣтѣ была доведена до высокой степени въ цѣломъ рядѣ прокламацій, которыми всѣ анабаптисты были изгнаны изъ королевства (три прокламаціи), запрещена культура вайды и вывозъ червеца и другихъ товаровъ и наложены суровыя наказанія на всѣхъ тѣхъ, кто будетъ строить дома въ предѣлахъ трехъ миль отъ Лондона или кто будетъ убивать скотъ и дичь въ постъ. Далѣе, въ 1588, въ присутствіи Армады, была издана прокламація, въ силу которой лицо, ввозящее или раздающее папскія буллы или нѣкоторыя запрещенныя книги, должно быть схвачено и наказано по военнымъ законамъ.

Несомнѣнно, что нѣкоторыя, если не всѣ, подобныя мѣры вторгались въ компетенцію законодательной власти и представляли собою не болѣе, какъ правонарушеніе. Но время дѣйствія статута „раболѣпнаго парламента" (1539—1547) представляетъ собою всѣ признаки періода *чрезвычайно-указнаго права въ Англіи*, формулированнаго въ крайне широкихъ предѣлахъ, и осуществленнаго Тюдорами и Стюартами въ такихъ размѣрахъ и формахъ, до которыхъ никогда не доходила ни доктрина ни догма конституцій на континентѣ. Что же касается англійской *практики*, то въ виду неясности и неопредѣленности границъ между статутомъ, или закономъ, и прокламаціей, или указомъ, граница эта очень часто нарушалась королями. И хотя уже въ XIII вѣкѣ было установлено, что статутъ можетъ быть измѣненъ только такимъ же

Противоположный ея полюсъ мы видимъ въ актѣ, послѣдовавшемъ черезъ столѣтіе послѣ lex regia. Это постановленіе палаты общинъ (1649), въ силу котораго все, объявленное *ею одною* закономъ, должно имѣть полную силу закона, хотя бы король и лорды тому противились. *L. S. Gardiner,* History of Commonwealth and Protectorate, London, Vol, I.

статутомъ, т. е. съ одобренія парламента, но въ томъ же вѣкѣ не рѣдки жалобы на то, что правило это не соблюдается, и, не считая безплоднаго протеста судей въ 1610 г., — только Bill of rights сдѣлалъ первую рѣшительную попытку положить конецъ этому порядку, твердо установивъ, что „мнимое право пріостанавливать дѣйствіе законовъ или исполненіе законовъ королевскою властью, безъ согласія парламента, объявляется незаконнымъ". (1688) [1]).

Несмотря однако на нарушенія этого принципа, имѣвшія мѣсто при Тюдорахъ (1485—1603) и Стюартахъ (1603—1688), *законная теорія* англійскаго права и до 1688 г. гласила: „Въ то время, какъ прокламація не можетъ создать закона, она можетъ увеличить силу закона уже созданнаго (add force to a law already made); по выраженію судьи, жившаго во времена Маріи, „король можетъ издать прокламацію quoad terrorum populi, можетъ грозить ему страхомъ своей не-милости, но не можетъ примѣнять штрафовъ, конфискацій или заключенія въ тюрьму; ибо никакая прокламація не можетъ создать новаго закона, а только укрѣпить и утвердить законъ старый". Тѣмъ не менѣе „постоянныя усилія Тюдоровъ клонились къ тому, чтобы сдѣлать королевскій совѣтъ (Privy Council) дѣйствительнымъ законодательнымъ органомъ (a real legislative body); для этого короли требовали, чтобы прокламаціи, издаваемыя всегда съ согласія совѣта, имѣли полную силу закона". Интересные факты изъ исторіи борьбы прокламаціи съ закономъ мы находимъ въ эпоху первыхъ двухъ Стюартовъ. Извѣстно, что во время незаконной попытки Карла I воскресить корабельный налогъ (Ship-money), его прокламація притязала, подъ разными предлогами, на силу закона: Гемпденъ, отказавшійся уплатить этотъ налогъ, былъ осужденъ, и судьи признали такимъ образомъ актъ короля правомѣрнымъ. То же имѣло мѣсто и при первомъ Стюартѣ: Іаковъ I пытался обложить иностранные товары налогомъ, безъ согласія парламента, путемъ прокламаціи, изданной, королемъ въ совѣтѣ, подъ тѣмъ предлогомъ, что статутъ Эдуарда I De talagio non concedendo (1297) относится къ налогу на англичанъ, а таможенный налогъ уплачивается иностранцами! [2]).

---

[1]) *W. Anson*, The law and custom of the Constitution, Oxford, 1907 Vol II, part I, p. 33 (разоруженіе королевской прерогативы); *Р. Гнейстъ*, 717.

[2]) Интересно отмѣтить, что и здѣсь, какъ во взысканіяхъ Ship-money лишь реставрировался старый пріемъ. Онъ былъ съ успѣхомъ примѣненъ при Эдуардѣ I, въ 1303, подъ тѣмъ же предлогомъ, что пошлина на ино-

Но то обстоятельство, что искали предлоговъ къ обходу закона, показываетъ, что юридическая сила его не могла быть сломлена, что она не могла быть ни подвергнута сомнѣнію, ни опротестована. Юридическое положеніе вопроса объ указахъ, противорѣчащихъ законамъ, хорошо передаетъ слѣдующій фактъ, имѣвшій мѣсто при Іаковѣ I (1610). Король, въ согласіи со своимъ обѣщаніемъ совѣтоваться съ судьями по вопросамъ, касающимися его власти издавать прокламаціи, предложилъ Коку, главному судьѣ королевской скамьи, выяснить предъ совѣтомъ короля, можетъ ли король прокламаціей запретить производство крахмала изъ пшеницы, дабы предупредить уменьшеніе запаса питательныхъ продуктовъ. Черезъ нѣсколько дней, Кокъ, посовѣтовавшись съ своими тремя товарищами, судьями, отвѣтилъ королю въ засѣданіи совѣта отрицательно [1]).

Моментомъ окончательнаго паденія Ordaining power (contra legem) въ Англіи является 1766 г., когда парламентъ осудилъ попытку Питта запретить вывозъ пшеницы путемъ прокламаціи [2]). Индемнитетнымъ закономъ парламентъ какъ бы въ послѣдній разъ освободилъ отъ отвѣтственности министра за дѣяніе, которое въ теченіе вѣковъ считалъ преступнымъ. Такимъ образомъ, въ Англіи окончательно восторжествовала точка зрѣнія парламента, т. е. чистый принципъ верховенства закона, и чрезвычайно-указная практика осуждена, какъ незаконная. Такою она является въ Англіи и понынѣ. Но во Франціи 1814 г., гдѣ легитимистскій принципъ только-что восторжествовалъ въ существенныхъ своихъ основаніяхъ, гдѣ представительныя учрежденія, послѣ четверти

странные товары касается не своихъ купцовъ, а чужестранныхъ; *Гнейстъ*, 445. О прокламаціяхъ при Карлѣ I—тамъ же 640—644; проф. *М. М. Ковалевскій*, Конституціонное право, 1908. Дѣло купца Бета — *W. Anson*, Vol II, The Crown, part II, p. 117.

[1]) *H. Taylor*, The origin and growth of the Engl. Constitution, 232; ср. однако *Гнейстъ*, 640 примѣч. — Мы видѣли, что Гос. Совѣтъ при Наполеонѣ III (1854) призналъ за императоромъ аналогичное право.

[2]) „Въ 1766 году лордъ Чатамъ пытался посредствомъ прокламаціи воспретить вывозъ пшеницы, и актъ объ амнистіи (7 George III, c. 7), изданный вслѣдствіе этой попытки, можетъ считаться окончательнымъ отреченіемъ короны отъ всякаго права издавать законы посредствомъ прокламацій". *А. Дайси*, 40. — Ошибочно, намъ кажется, датировать моментъ смерти чрезвычайно-указной *практики* въ Англіи 1688 годомъ, т. е. моментомъ изданія билля о правахъ. Ср. проф. *В. М. Гессенъ*, Исключительное положеніе, Спб. 1908, стр. 96.

вѣка бурныхъ потрясеній и коренныхъ измѣненій, какъ бы впервые начинали свое юридическое существованіе, тамъ чрезвычайно-указное право нашло новую почву и условія для своего существованія. Замѣчательной чертой Хартіи 1814 г., сущностью ея 14-й статьи, было то исключительное по своему своеобразію положеніе, которое она создавала въ конституціонномъ порядкѣ [1]). При наступленіи обстоятельствъ, аналогичныхъ нашимъ чрезвычайнымъ, *какъ бы снова оживлялась королевская прерогатива*, только-что ограниченная конституціей, т. е. конституція и законы имѣютъ ненарушимую силу для нормальнаго теченія государственной жизни; разъ наступили обстоятельства, нарушающія это теченіе, и государству угрожаетъ опасность, — вступаетъ въ силу право короля издавать акты, противорѣчащіе закону, если они необходимы для государственной безопасности. Такъ понималась ст. 14 Хартіи королемъ Карломъ X въ 1830 г., когда онъ издалъ свои ордонансы, пріостановившіе свободу печати, кассировавшіе выборы и измѣнившіе избирательный законъ [2]). Такая конструкція чрезвычайно-указнаго права, создавая изъ него *самокорректив ограниченной монархіи*, представляетъ собою не что иное, какъ своеобразное *раздѣленіе законодательной власти во времени:* въ моменты нормальнаго теченія государственной жизни эта власть принадлежитъ однимъ органамъ, въ моменты угрозы государственной безопасности — другимъ. Въ эти послѣдніе моменты, согласно указанному толкованію Хартіи 1814 г., падаютъ тѣ ограниченія монархической власти, которыя создалъ для нея самъ монархъ, октроируя конституціонныя учрежденія; въ эти моменты граница

---

[1]) Вслѣдъ за Хартіей 1814 г. появились и германскія подражанія ея ст. 14-й въ конституціяхъ первой половины минувшаго вѣка.

[2]) Ordonnances du roi, rapport au roi et protestation des journalistes въ *Archives Parlementaires*, II-me serie (1800 — 1860), t. 61, Paris, 1886, pp. 636 — 642. „Узнавъ о пріемахъ, къ которымъ прибѣгали во многихъ частяхъ нашего королевства, чтобы обмануть и ввести въ заблужденіе избирателей, во время послѣднихъ выборовъ,— и внявъ мнѣнію нашего совѣта, мы повелѣли и повелѣваемъ: ст. 1. Палата депутатовъ отъ департаментовъ объявляется распущенной (est dissoute)". Протестъ журналистовъ 27 іюля 1830 г. справедливо однако обращаетъ вниманіе на то, что невозможно распустить палату, еще не собравшуюся, еще не заявившую принциповъ, способныхъ повлечь за собою ея роспускъ; пока палата не собрана и не конституировалась, имѣются налицо только законченные выборы; слѣдовательно, въ ордонансѣ короля рѣчь идетъ, въ сущности, не о роспускѣ палаты, а о кассаціи выборовъ (p. 640).

между правами парламента и монарха передвигается по волѣ монарха до той черты, которую онъ самъ намѣтитъ; въ эти моменты монархъ восполняетъ права свои, поскольку онъ находитъ, что они чрезмѣрно ограничены конституціей и что требованія государственной безопасности не допускаютъ этихъ ограниченій: на мѣсто связанности монарха своимъ собственнымъ правомъ становиться субъективный взглядъ монарха на требованія государственной безопасности, на мѣсто права—государственная необходимость, если не политическая цѣлесообразность.

Характерныя замѣчанія въ этомъ отношеніи заключаетъ въ себѣ докладъ, королю Карлу X его семи министровъ, съ премьеромъ Полиньякомъ во главѣ, о необходимости обращенія къ ст. 14 Хартіи въ виду растущаго опаснаго вліянія печати, свобода которой должна быть ограничена хотя бы внѣ законнаго порядка, безсильнаго съ нею бороться (25 іюля 1830 г.): „Недостаточность или вѣрнѣе безполезность тѣхъ мѣръ, которыя допускаются дѣйствующими законами, доказана фактами. Равнымъ образомъ доказано фактами, что общественной безопасности угрожаетъ разнузданость прессы. Пора, болѣе чѣмъ пора, остановить ея разрушительную силу... Не слѣдуетъ заблуждаться. Мы уже *не живемъ въ обычныхъ условіяхъ представительнаго правленія*. Начала, на которыхъ оно было основано, не могли оставаться нетронутыми среди перемѣнъ политической жизни. Безпокойная демократія, проникшая въ самое сердце нашихъ законовъ, стремится занять мѣсто законной власти. Она пользуется большинствомъ на выборахъ при помощи своей печати и многочисленныхъ своихъ развѣтвленій въ странѣ. Она парализовала, насколько это отъ нея зависѣло, правильное осуществленіе важнѣйшей прерогативы короны — права распускать выборную палату. Этимъ самымъ поколеблена конституція государства. Только ваше величество располагаете силами поднять ее и укрѣпить ея основы. Право и обязанность *обезпечить сохраненіе конституціи* есть неотъемлемая принадлежность суверенитета. Ни одно правительство на землѣ не уцѣлѣло бы, еслибы не имѣло права заботиться о своей безопасности. *Это право предшествуетъ законамъ*, ибо оно въ природѣ вещей. Таковы, государь, положенія, за которыми стоять санкція времени и мнѣніе всѣхъ публицистовъ Европы. Но эти положенія имѣютъ и другую, еще болѣе позитивную санкцію самой Хартіи. Статья 14 облекла ваше величество полномочіемъ, достаточнымъ не для того, конечно, чтобы измѣнить наши учрежденія, но чтобы

ихъ упрочить и сдѣлать неизмѣнными. Повелительная необходимость не позволяетъ болѣе медлить съ осуществленіемъ этого ворховнаго полномочія. Настало время прибѣгнуть къ мѣрамъ, вытекающимъ изъ духа Хартіи, но лежащимъ внѣ того законнаго порядка, всѣ рессурсы котораго уже безуспѣшно исчерпаны“. Въ тотъ же день были изданы шесть ордонансовъ, упомянутыхъ выше, доктрина, изложенная въ докладѣ Полиньяка, грозила стать оффиціальной государственной теоріей Франціи, и абсолютистскій принципъ „Salus publica suprema lex esto“ долженъ былъ занять мѣсто правового начала suprema salus publica lex esto.

Извѣстно, что этому помѣшала іюльская революція, повлекшая за собою отреченіе отъ престола Карла X и переходъ короны отъ старшей къ младшей линіи Бурбоновъ, въ лицѣ Луи-Филиппа. Но даже независимо отъ этой революціонной развязки, изложенная доктрина, грозившая ассимилировать конституціонныя учрежденія съ личнымъ режимомъ, растворить ихъ въ немъ и подчинить ихъ его духу, не могла ни развиваться, ни сохранить своей силы; усиленіе и жизненное развитіе этой доктрины означало бы, что мыслима и возможна *эволюція конституціонализма къ абсолютизму*, но такого пути развитія не знаетъ современная Европа; напротивъ, общій путь развитія лежитъ отъ конституціонализма къ парламентаризму, и въ соотвѣтствіи съ этимъ, по мѣрѣ развитія конституціонныхъ учрежденій, они именно и преобразовали, подчинили своему духу и ассимилировали со своими принципами чрезвычайно-указное право, придавъ ему тотъ смыслъ, который оно теперь только и можетъ имѣть. Смыслъ этотъ заключается не въ томъ, чтобы, въ моментъ угрозы государственной безопасности или въ періоды бездѣятельности парламента, сдѣлать власть монарха по прежнему неограниченной, вручивъ ему функціи законодательства: напротивъ, изъ чрезвычайно-указнаго права конституціонное развитіе стремится сдѣлать средство восполненія недочетовъ представительныхъ учрежденій, дѣйствующихъ и въ самой своей бездѣятельности черезъ правительство, юридически обязанное лишь *сотрудничать* съ нимъ, но политически становящееся къ нему совсѣмъ въ иное положеніе [1]).

[1]) Характерные черты и оттѣнки представляетъ собою въ этомъ отношеніи буква конституцій; типичны въ нихъ слѣдующія различныя опредѣленія сотрудничества короны съ парламентомъ: „Власть законодательная принадлежитъ князю *совмѣстно* съ народнымъ представительствомъ“ (Болгарія 9), или „законодательная власть *осуществляется коллективно* коро-

Мы должны остановиться внимательнѣе на этой *политической* сторонѣ вопроса, чтобы рѣзче оттѣнить его юридическую природу. Существенное значеніе здѣсь имѣетъ вопросъ о различіи между дуализмомъ и парламентаризмомъ, какъ политическими принципами. Мы никогда не нашли бы отвѣта на поставленный вопросъ, если бы стали искать этого отвѣта въ той юридически вѣрной, но политически условной истинѣ, что парламентаризмъ есть режимъ обязательнаго единомыслія между парламентомъ и правительствомъ, а дуализмъ система ихъ возможнаго разномыслія [1]). При всей справедливости этой *юридической* истины, ошибочно было бы переносить ее въ ту сферу, гдѣ дуализмъ и парламентаризмъ выступаютъ, какъ *политическія* системы. Здѣсь эта истина ошибочна въ двоякомъ отношеніи: во 1-хъ, послѣднія десятилѣтія въ практикѣ парламентаризма показываютъ, что парламентарное министерство далеко не является безвольной игрушкой или безличной копіей парламента [2]); о предустановленной гармоніи между ними такъ же трудно говорить, какъ о тождествѣ воли парламента и электората; постольку парламентарная система не только иногда является ареной разномыслія между парламентомъ и министерствомъ, но это разномысліе далеко не всегда разрѣшается въ пользу парламента (Англія, Франція, Бельгія), особенно послѣ роспусковъ и перегруппировокъ партій. Во 2-хъ, полувѣковой опытъ дуалистическаго порядка свидѣтельствуетъ, что законодательная машина, при принципіальномъ разномыслiи парламента съ правительствомъ, абсолютно не можетъ сдвинуться съ мѣста либо происходятъ тягчайшія нарушенія конституціи, воскрешаются

лемъ, палатой представителей и сенатомъ" (Бельгія 26); „законодательная власть принадлежитъ *кортесамъ, подъ условіемъ санкціи короля*" (Португалія 19) или „подъ условіемъ *соглашенія съ королемъ*" (Испанія 18); „Государь Императоръ осуществляетъ законодательную власть *въ единеніи* съ Гос. Совѣтомъ и Гос. Думой" (Россія 7); „императоръ осуществляетъ законодательную власть *въ согласіи* съ имперскимъ парламентомъ" (Японія 5).

[1]) *К. Н. Соколовъ.* Этюды о парламентаризмѣ, Вѣстникъ права, 1906, кн. III, стр. 74, 88 сл.

[2]) *G. S. Maine,* Popular government, London, 1885, p. 126; *S. Low,* The governance of England, London, 1906, p. 35, 58 pas.; *П. Новгородцевъ,* Кризисъ современнаго правосознанія, М. 1909, стр. 160—168. О причинахъ и значеніи современнаго кризиса парламентаризма — *Я. Магазинеръ,* Современный парламентаризмъ (Совр. міръ, 1908, VI); *его-же,* Георгъ Еллинекъ объ эволюціи конституціонныхъ учрежденій (Вопросы обществовѣдѣнія, 1908, I).

абсолютистскіе пріемы управленія, и фактически - невыносимое положеніе разрѣшается или тѣмъ, что парламентъ подчиняетъ своимъ взглядамъ правительство и создаетъ министерство по своему образу и подобію, какъ это было въ золотой вѣкъ англійскаго парламентаризма, послѣ реформы 1832 г., или же, наоборотъ, правительство создаетъ парламентъ, способный работать съ нимъ въ единомысліи, какъ это было въ Пруссіи послѣ роспуска Національнаго Собранія и измѣненія избирательнаго закона въ 1849 г.; въ первомъ случаѣ государство переходитъ къ парламентарному режиму; во второмъ—*тогда только* и упрочивается дуалистическій режимъ [2]).

Достигается ли необходимое единомысліе путемъ измѣненія избирательнаго закона (Англія 1832; Пруссія 1849; Россія 1907), или путемъ медленнаго развитія существующихъ учрежденій и ихъ взаимнаго приспособленія, или тѣмъ и другимъ путемъ одновременно,—здѣсь существенно важенъ результатъ: требуемое логикой конституціоннаго строя принципіальное согласіе между парламентомъ и министерствомъ, поскольку оно вообще возможно, необходимо должно ранѣе или позже установиться, ибо оно является необходимымъ условіемъ нормальнаго функціонированія *всякой представительной системы*. Не только парламентаризмъ, но и дуализмъ требуютъ отъ парламента и правительства извѣстнаго согласія въ основныхъ принципахъ и исходныхъ точкахъ законодательства, и это согласіе неотвратимо должно быть достигнуто, хотя бы цѣною конституціонныхъ конфликтовъ, анти-парламентскихъ роспусковъ и глубокихъ потрясеній самой конституціонной системы... Съ этой точки зрѣнія, сочетаніе, напримѣръ, правительства, абсолютистски настроеннаго, съ парламентомъ, проникнутымъ парламентарными тенденціями, представляетъ собою не болѣе, какъ взрывчатое

[2]) Въ согласіи этомъ, интересно отмѣтить, что съ одной стороны Гос. Дума II созыва отвергла почти всѣ тѣ мѣры, изданныя въ порядкѣ ст. 87, которыя она разсматривала, а одну изъ нихъ лишила силы даже до внесенія ея правительствомъ въ Думу; напротивъ Гос. Дума III созыва рѣшительно принимала и одобряла всѣ почти правительственныя мѣры, изданныя въ порядкѣ ст. 87, либо настолько не торопилась съ ихъ разсмотрѣніемъ, что нѣкоторыя изъ нихъ обсуждались черезъ 2 и болѣе года послѣ ихъ изданія; напр., законопроектъ, соотвѣтствующій указу 9 ноября 1906 г. о дополненіи нѣкоторыхъ постановленій дѣйствующаго закона, касающихся крестьянскаго землевладѣнія и землепользованія, Собр. Узак., 1859,—былъ принятъ Гос. Думой лишь 24 апрѣля 1909 г. Стен. отч., III соз., II сес., III ч., стр. 2951. См. приложеніе 1-е.

соединеніе. Франція въ мартѣ 1830 года и Россія въ іюлѣ 1906 года утверждаютъ это положеніе съ такой же силой, какъ Англія временъ Долгаго парламента и Великой ремонстраціи 1641 года: событія 1642—49 гг. показываютъ, что сочетаніе феодальнаго правительства съ буржуазнымъ парламентомъ противорѣчитъ, какъ выражались въ эту эпоху, природѣ вещей, и что дуалистическій режимъ не ослабляетъ, а усиливаетъ эту неотвратимую опасность отъ раздвоенія власти. Катастрофичность подобныхъ соединеній показываетъ также, что трудно мыслить, какъ нормальное политическое состояніе, сотрудничество консервативнаго правительства съ либеральнымъ парламентомъ; еслибы, въ моментъ политическаго кризиса или мертвой зыби, эти двѣ силы и оказались, въ силу необходимости, сопряженными, то это было либо передъ пораженіемъ либо передъ отреченіемъ одной изъ нихъ отъ самой себя: рельефной иллюстраціей этого положенія можетъ служить исторія борьбы правительства съ парламентомъ во время военно-бюджетнаго конфликта 1862—66 гг. въ Пруссіи и въ періодъ 1878 и 1886 гг. въ Германіи.

Историческая пропасть между парламентарной и дуалистической системами обнаруживается въ томъ, что если въ такихъ странахъ, какъ Англія, правительство создается по подобію парламента, то въ странахъ подобныхъ Пруссіи, напротивъ, настроенія, рѣшенія и даже составъ парламента часто настолько складываются подъ вліяніемъ правительства и въ желательномъ для него направленіи, что здѣсь *воля парламента есть твореніе правительства.* Несомнѣнно, что существо отношеній въ сравниваемыхъ политическихъ системахъ прямо-противоположно, что *на основѣ избирательнаго закона*, обычно созданнаго самимъ правительствомъ и часто дающаго ему послушное большинство, нерѣдко возвышается сложная надстройка различныхъ формъ *зависимости* парламента отъ правительства и разнообразныхъ средствъ возстановить согласіе между ними, если оно было нарушено ростомъ новыхъ общественныхъ силъ въ странѣ или перегруппировкою партій въ парламентѣ; что, слѣдовательно, необходимое единство здѣсь достигается давленіемъ, компромиссомъ и политической игрой. Но несомнѣнно также и то, что соглашается ли парламентъ съ правительствомъ изъ духа подчиненія или по убѣжденію, безразлично для нашего вопроса: это значитъ, съ одной стороны, что значительное число мѣръ, изданныхъ въ отсутствіе парламента, все равно были бы имъ одобрены въ существенныхъ, принци-

піальныхъ своихъ основаніяхъ; съ другой стороны, благодаря постоянной практикѣ совмѣстнаго и согласнаго сотрудничества правительства съ парламентомъ, все сильнѣе и непоколебимѣе становится обычно-правовая норма, въ силу которой указная дѣятельность правительства во время отсутствія парламента должна быть по принципіальному своему содержанію такою же, какъ и та, которая имѣетъ мѣсто въ присутствіи парламента, т. е. въ результатѣ совмѣстной дѣятельности правительства и парламента; важно, что та же обычно-правовая норма не допускаетъ существованія двухъ параллельныхъ и принципіально различныхъ по духу „законодательствъ", парламентскаго и внѣ-парламентскаго, что и въ дуалистической системѣ министерство въ отсутствіе парламента должно дѣйствовать такъ же, какъ еслибы онъ былъ въ сборѣ.

Этотъ выводъ диктуется и юридическимъ существомъ разсматриваемаго института. Мы видѣли, что чрезвычайно-указное право въ тенденціи своей стремится стать изъ политическаго восполненія ограниченной монархіи правомѣрнымъ коррективомъ представительства и, что единственно въ этомъ можно видѣть раціональныя основанія для существованія этого права въ средѣ современныхъ конституціонныхъ учрежденій. Будучи первоначально направлено противъ основныхъ принциповъ этихъ учрежденій, чрезвычайно-указное право было впослѣдствіи или прямо вычеркнуто изъ конституцій [1]), или же путемъ медленнаго процесса перевоплощенія, обратилось къ задачамъ прямо-противоположнымъ, обусловленнымъ принципами конституціонализма. Въ этихъ задачахъ и слѣдуетъ видѣть раціональныя основы для существованія чрезвычайно-указнаго права въ строѣ современныхъ представительныхъ учрежденій. Возможно ли въ самомъ строѣ этихъ учрежденій найти объясненіе и тому, что чрезвычайно-указное право осуществляется именно монархомъ? Мы знаемъ *историческія* основанія этого факта; возможно ли его *раціонализировать* въ согласіи съ духомъ настоящаго?

---

[1]) Французская хартія 1830 г., ст. 13: „Le roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois *sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution*". Въ итальянской конституціи 1848 г. (ст. 6) слово „jamais" вычеркнуто. Первоначально въ конституціонной комиссіи были голоса за то, чтобы совсѣмъ не вносить въ ст. 6-ую подчеркнутыхъ выше словъ, но было указано, что изъ этого могло бы возникнуть сомнѣніе, нѣтъ ли здѣсь какой-нибудь задней мысли (qu'il y ait une arrière-pensée); тогда ограничились однимъ устраненіемъ слова „jamais". *H. Gmelin*, 92.

Съ этой точки зрѣнія невозможно конструировать изучаемое право, какъ слѣдствіе наслѣдственнаго принципа, т. е. монархической прерогативы, принципа, противополагающаго себя конституціоннымъ учрежденіямъ, а не выводящаго себя изъ нихъ, принципа, который, въ современномъ государствѣ имѣетъ чисто политическій характеръ, юридическое содержаніе котораго можно какъ угодно варьировать [1]). Чрезвычайно-указное право вручается монарху, во 1-хъ, какъ *органу законодательства*; во 2-хъ, какъ *органу, непрерывно-функціонирующему*, ибо никакая другая власть не обладаетъ одновременно обоими этими признаками, безъ которыхъ теряетъ смыслъ и силу чрезвычайно-указное право. Оставляя въ сторонѣ принципъ непрерывности, какъ постулатъ, сомнѣнія не вызывающій [2]), не трудно видѣть, что изданіе актовъ, имѣющихъ хотя бы временную силу закона, не можетъ быть поручено иной власти, кромѣ той, которая въ силу конституціи уполномочена на участіе въ нормальномъ законодательствѣ, ибо процессъ нормотворчества въ государствѣ долженъ быть не только внѣшне-непрерывнымъ, но и внутренне-согласованнымъ; онъ долженъ быть проникнутъ *матеріально-юридическимъ единствомъ*, безъ котораго внѣшне-непрерывное нормотворчество явилось бы по существу разорваннымъ и внутренне-противорѣчивымъ.

Но это требованіе юридическаго единства государственнаго нормотворчества и есть основаніе для той мысли, что акты монарха, изданные въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ, не могутъ завѣдомо противорѣчить волѣ другого органа законодательства, парламента. Еслибы можно было допустить обратное положеніе, еслибы можно было думать, что въ перерывѣ между сессіями парламента правительство, съ монархомъ во главѣ, будетъ проводить акты, относительно которыхъ нельзя сомнѣваться, что они противорѣчатъ

---

[1]) *Г. Еллинекъ*, Право современнаго государства, Спб. 1903, стр. 453—54.

[2]) Это начало непрерывности функцій правительственной власти, воплощенной въ лицѣ главы государства, можетъ быть передано классической по лапидарности формулой англійскаго права, характеризующей королевскую власть: „the king never dies“. (Король не умираетъ никогда).—О двоякомъ значеніи этой формулы у *A. Todd*, Le gouvernement parlementaire en Angleterre, I, Paris, 1900, p. 120. Франція, благодаря многочисленнымъ переворотамъ, пережитымъ ею, также столкнулась съ этимъ вопросомъ, но въ другой постановкѣ; тамъ создали „въ интересахъ непрерывности права, общую категорію для разнаго рода законныхъ и революціонныхъ властителей. Король, императоръ, президентъ объединяются подъ терминомъ chef d'état“..., *Еллинекъ*, стр. 236.

волѣ парламента, то мы пришли бы къ заключенію, что самою конституціей предустановленъ и санкціонированъ глубочайшій разломъ въ законодательномъ процессѣ, что на время отсутствія парламента исполнительная власть уполномочена издавать акты, прямо противоположные духу и принципамъ нормальнаго законодательства, что̀ есть не болѣе, какъ извращеніе природы принципа, но не закономѣрное использованіе правовой его силы. Дѣйствительный смыслъ принципа заключается въ томъ, что для изданія всякаго закона требуется участіе трехъ элементовъ законодательной власти, короны и двухъ палатъ; но исключительныя обстоятельства, требующія неотложныхъ законодательныхъ мѣръ, не позволяютъ ждать, когда всѣ эти элементы законодательной власти будутъ налицо; тогда выступаетъ одинъ изъ нихъ, и, *предполагая согласіе двухъ другихъ*, издаетъ необходимую мѣру. Слѣдовательно, единственно допустимая здѣсь презумпція—есть *презумпція согласія палатъ* на изданіе мѣры [1]).

[1]) Быть можетъ, необходимо особо отмѣтить, что на протяженіи всей работы, мы имѣемъ въ виду почти исключительно *юридическую* природу чрезвычайно-указнаго права, разсматривая политическую сторону этого института, лишь поскольку это необходимо для выясненія его юридическаго характера. Въ этомъ институтѣ *бытъ* настолько превалируетъ надъ *правомъ*, а политическая его природа настолько противорѣчитъ его юридическому обоснованію, что смѣшеніе понятій исторіи и теоріи, политики и права, доктрины и догмы, формы и существа здѣсь возможнѣе и опаснѣе, чѣмъ гдѣ либо. Въ частности, относительно презумпціи согласія: здѣсь необходимо отмѣтить глубокое различіе между *юридическимъ* строеніемъ института и его *исторической* основою. Въ самомъ дѣлѣ, несомнѣнно, что ни одинъ конституціонный порядокъ *не можетъ* принять, какъ *юридическій* принципъ, правило, что въ отсутствіе парламента правительство можетъ издавать нормы, на которыя парламентъ и не согласился бы; напротивъ, только предполагаемое согласіе парламента на принимаемыя правительствомъ мѣры можетъ служить обоснованіемъ и оправданіемъ незакономѣрныхъ актовъ правительства; съ этой точки зрѣнія мы и выдвигаемъ презумпцію согласія, какъ начало коренящееся въ самомъ юридическомъ существѣ чрезвычайно-указнаго права. Но *историческая* природа института даетъ картину прямо-противоположную: историческій смыслъ чрезвычайно-указнаго права именно въ *презумпціи несогласія* парламента на правительственныя мѣры; это доказывается, во 1-хъ, тѣмъ, что изучаемаго права нѣтъ почти ни въ одной парламентарной странѣ; во 2-хъ, что оно все рѣже примѣняется даже тамъ, гдѣ существуетъ, по мѣрѣ укрѣпленія конституціоннаго порядка и начала солидарной работы парламента и правительства; въ 3-хъ, этотъ институтъ обычно создается въ октроированныхъ конституціяхъ, большей частью въ тѣхъ странахъ, гдѣ монархическая власть, устоявшая предъ силой общественнаго движенія, сама дала конституцію и установила ея содержаніе; напротивъ,

Изъ существа всякой презумпціи вытекаетъ, что она не должна быть доказываема, т. е. правительство, прибѣгая къ чрезвычайному указу, не обязано доказывать, что палата одобрила бы издаваемыя мѣры; но разъ только имѣются данныя, доказывающія, что этого не было бы (напр., палаты уже отклонили эту мѣру, когда она была имъ предложена), то падаетъ презумпція, а вмѣстѣ съ нею и право, на ней покоющееся. Въ противномъ случаѣ, чрезвычайно-указное право превратилось бы въ простое орудіе превышенія конституціонныхъ полномочій, а исключительныя обстоятельства, когда особенно настойчиво требуется возможное единомысліе между элементами власти, явились бы источникомъ анти-парламентскихъ актовъ короны и простымъ предлогомъ для проведенія мѣръ, не имѣвшихъ силы или потерявшихъ надежду пройти въ нормальномъ, законодательномъ порядкѣ [1]).

Отстаивая презумпцію согласія, мы, какъ это видно изъ изложеннаго выше, отрицаемъ за ней тотъ смыслъ, который ей нерѣдко сообщается [2]). Для насъ она остается только презумпціей, т. е. предположеніемъ, не подлежащимъ доказыванію. Слѣдовательно, съ нашей точки зрѣнія неправильно требовать, чтобы правительство имѣло въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ данныя, доказывающія и обосновывающія предполагаемую волю парламента. Напротивъ, у него объ этомъ можетъ *не быть никакихъ данныхъ*; важно лишь, чтобы у него не было данныхъ прямо-противоположныхъ, т. е. свидѣтельствующихъ, что согласіе парламента не было бы дано. Понятно, далѣе, что возраженіе, которое здѣсь иногда приводится, бьетъ мимо цѣли. Спрашиваютъ: какъ узнать волю будущей палаты, когда легислатура закончилась или палата до срока распущена, а новая еще не собрана? (*Gmelin*, 98—100). Отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ быть одинъ: разъ нѣтъ никакихъ данныхъ, свидѣтельствующихъ о волѣ будущей палаты, доказывающихъ, что министерство неправильно понимаетъ „общественное благо“

побѣдившее общественное движеніе вычеркивало этотъ §, если онъ уже дѣйствовалъ (іюльскіе дни и ст. 13 Хартіи 1830 г.). О роли ст. 105 Прусской конст. 6 декабря 1848 г., въ силу которой Фридрихъ-Вильгельмъ IV единолично измѣнилъ избирательный законъ и создалъ знаменитую трехклассную систему, донынѣ почти непоколебленную,—*Ш. Сеньобосъ*, 313—315; о чрезвычайныхъ указахъ 1849 и 1850 г.г.—„*Stenographische Berichte*“ der ersten u. zweiten Kammern, Berlin, 1851, S.s. 238; 103, 107, f. f.

[1]) Ср. *Gmelin*, 112; Contra: *Glatzer*, 40; *Spiegel*, 20.

[2]) О „Vermutung-und Voraussetzung-theorien“—*Glatzer*, S.s. 61—64.

или несовершенно его охраняетъ, если ни теченіе выборовъ, ни различныя формы организованнаго общественнаго мнѣнія ничего не говорятъ министерству о волѣ будущей палаты, то, слѣдовательно, нѣтъ никакихъ данныхъ, колеблющихъ указанную презумпцію. Но если новая палата найдетъ, что такія данныя у министерства были, что оно приняло, напр., реакціонныя мѣры въ моментъ, когда выборы уже обезпечили либеральное большинство въ палатѣ, и очевидно было что палата такихъ мѣръ не приняла бы, то поведеніе министерства, принявшаго эти мѣры, явится источникомъ глубокихъ и серьезныхъ треній между парламентомъ и правительствомъ, треній, конфликтная природа которыхъ не ослабляется, а, напротивъ, обостряется отъ того, что источникомъ ихъ является политическое злоупотребленіе, а не явное закононарушеніе, что основой этихъ треній является иногда только политическій принципъ безъ точно выраженной юридической санкціи, какъ это было въ 1830 г. во Франціи: извѣстно, что ордонансы 25 іюля 1830 г. разсматривались не какъ простое политическое злоупотребленіе, а какъ государственный переворотъ, вызвавшій іюльскую революцію и паденіе Карла X. Разсматривая интересную и типичную эволюцію, пережитую презумпціей согласія, мы видимъ, что развившись изъ противоположной ей *презумпціи несогласія*, она первоначально имѣетъ значеніе политическаго постулата безъ явно-выраженной правовой санкціи; лишь въ результатѣ медленнаго развитія она становится устойчивымъ принципомъ конституціоннаго правленія. Дальнѣйшая эволюція этого принципа направлена въ сторону его *юридизаціи*, т. е. превращенія въ *правовой* принципъ, обязательная сила котораго лежитъ внѣ спора и сомнѣнія. Аналогію этому процессу мы видимъ въ эволюціи парламентаризма, который мало-по-малу почти всюду изъ стихіи политики вступаетъ въ сферу права, изъ фактическаго состоянія переходитъ въ правовое [1]).

Резюмируя сказанное о значеніи и смыслѣ чрезвычайно-указнаго права, какъ и правового института, мы видимъ, что оно можетъ быть построено на юридической и фактической непрерывности функцій, монарха, какъ главы исполнительной власти, и на значеніи его, какъ главы власти законодательной. Чрезвычайно-указныя полномочія *вѣряются* монарху конституціей, какъ главѣ

[1]) *А. А. Алексѣевъ*, Къ ученію о парламентаризмѣ, Жур. Мин. Юст., 1908, май, стр. 104.

власти законодательной, но *осуществляются* имъ, въ качествѣ главы власти исполнительной. Благодаря этому, съ внѣшней стороны обезпечивается *непрерывность* нормотворчества, со стороны внутренней—его *матеріально-юридическое единство*. Изъ требованія юридическаго единства дѣйствующаго права вытекаетъ *презумпція согласія* парламента на издаваемые правительствомъ акты. Являясь прямымъ выводомъ изъ доктрины чрезвычайно-указнаго права, презумпція согласія является принципомъ, сила котораго не оспаривается и тогда, когда онъ изъ политическихъ мотивовъ нарушается, и который по мѣрѣ развитія конституціонныхъ учрежденій, получаетъ силу обычно-правовой нормы, или „конституціоннаго соглашенія", по терминологіи Дайси. Только тогда чрезвычайно-указное право завершаетъ свою юридически-необходимую эволюцію: изъ привилегіи монарха оно превращается въ функцію правительственной власти, изъ исторической прерогативы становится обязанностью органа.

Обращаясь къ *практикѣ* чрезвычайно-указнаго права въ отдѣльныхъ государствахъ, мы убѣждаемся въ томъ почти всеобщемъ фактѣ, что чрезвычайно-указное право въ каждой странѣ повторяетъ свою вѣковую исторію [1]). Нѣтъ сомнѣнія, что страны, вводившія у себя чрезвычайно-указное право въ теченіе минувшаго столѣтія пользовались опытомъ прошлаго и вносили въ соотвѣтствующія статьи конституцій рядъ оговорокъ и ограниченій этого права; такова ст. 87, впитавшая въ себя результаты вѣковой практики принципа. Но какова ни была буква конституцій, *практика* чрезвычайно-указнаго права медленно и съ трудомъ осуществляетъ результаты долгой эволюціи принципа: первые шаги примѣненія чрезвычайно-указнаго права сопровождаются обыкновенно безоговорочнымъ и неограниченнымъ осуществленіемъ принципа—указъ имѣетъ временную силу закона. Указы издаются безъ наличности чрезвычайныхъ обстоятельствъ, даже, во время сессіи палатъ и съ нарушеніемъ основныхъ конституціонныхъ началъ, не говоря уже о нарушеніи ряда формальныхъ условій, которыми законъ обставляетъ изданіе чрезвычайныхъ указовъ. Что страна, усвоив-

---

[1]) Практика Пруссіи, напр., у *H. Bischof*, Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung, Giessen, 1860, s. 125; *Ad. Arndt*, Wann verstösst der Inhalt einer Notverordnung gegen die preussische Verfassungsurkunde, Archiv für öffentliches Recht, 1889.

шая начала чрезвычайно-указнаго права, обычно какъ-бы снова переживаетъ вѣковую его исторію, — показываетъ примѣръ не только Австріи, но и Россіи 1906—1907 г.г.

Но если это такъ, если практика чрезвычайно-указнаго права неизбѣжно сопровождается самыми серьезными политическими злоупотребленіями, то естественно возникаетъ вопросъ о цѣлесообразности и желательности самаго принципа, и, въ связи съ этимъ, о его необходимости для нормальнаго функціонированія представительныхъ учрежденій. Казалось бы, необходимо допустить, что исключительныя обстоятельства должны вызывать и исключительныя полномочія правительства; правительство не можетъ быть безучастнымъ зрителемъ надвигающейся опасности, оно не можетъ, изъ ложнаго преклоненія предъ формальной законностью, ждать, пока, въ отсутствіе парламента, исключительныя обстоятельства успѣютъ причинить обществу непоправимыя бѣдствія, разъ эти бѣдствія легко предотвратить своевременными мѣрами правительства. Если же признать возможность наступленія, въ отсутствіе парламента, исключительныхъ обстоятельствъ и неизбѣжность правительственнаго вмѣшательства для ихъ устраненія, то лучше это вмѣшательство ограничить точными рамками закона и намѣтить опредѣленныя для него условія, при которыхъ вмѣшательство это явилось бы законнымъ, чѣмъ оставить его въ опасной и слѣпой стихіи политики.

Эти соображенія, при всей ихъ внѣшней безупречности, являются однако только правильнымъ отвѣтомъ на неправильно поставленный вопросъ. Дѣйствительно возможно, что правительство, желающее предотвратить общественное бѣдствіе, можетъ быть вынуждено во имя этого нарушить законъ, что во многихъ случаяхъ это не можетъ быть вмѣнено ему въ вину и тѣмъ менѣе можетъ быть оно за это подвергнуто законной карѣ, напр., за мѣры, принятыя во время голода, эпидеміи, землетрясенія и т. п. Но существо вопроса заключается вовсе не въ этомъ столкновеніи принциповъ salus publica suprema lex esto съ одной стороны и fiat justitia, pereat mundus—съ другой. Здѣсь какъ и во многихъ другихъ государственно-правовыхъ явленіяхъ, неправильно также ставить метафизическій вопросъ о свободѣ или безсиліи воли агента власти, нарушившаго законъ вслѣдствіе непреодолимаго давленія исключительныхъ обстоятельствъ и невозможности бороться съ ними законными средствами.

Вопросъ здѣсь заключается въ *распредѣленіи тяжести отвѣт-*

ственности за дѣйствія и упущенія, имѣвшія мѣсто въ виду появленія vis major и въ соотвѣтственномъ распредѣленіи между правительствомъ и парламентомъ *бремени доказыванія* наличности исключительныхъ обстоятельствъ и возможныхъ способовъ борьбы съ ними. Принципъ верховенства закона является настолько кардинальнымъ началомъ правового порядка, что ни одна страна не можетъ, безъ серьезной государственной опасности, установить въ самомъ законѣ дозволенность его нарушенія органами власти. Подобно тому какъ преступное дѣяніе, совершенное въ состояніи крайней необходимости, остается все же преступленіемъ, за которое однако виновный можетъ быть освобожденъ отъ наказанія, такъ изданіе указа, противорѣчащаго закону, должно было бы быть признано правонарушеніемъ, которое можетъ однако и не повлечь за собою наказанія.

При такой постановкѣ вопроса на правительство падала бы обязанность доказать, что оно дѣйствовало въ крайней необходимости, и отъ рѣшенія парламента или высшаго государственнаго суда, зависѣло бы признать или отвергнуть отвѣтственность правительства. Съ этой точки зрѣнія, изданіе противозаконныхъ мѣръ во имя устраненія опасности, угрожающей государству, является само по себѣ величайшей государственной опасностью, и Англія, полтора вѣка проводящая эту точку зрѣнія въ своей государственной практикѣ, даетъ ей наиболѣе послѣдовательное воплощеніе въ своемъ писанномъ и неписанномъ правѣ: такъ какъ изданіе чрезвычайнаго указа правительствомъ является здѣсь государственнымъ преступленіемъ, то, въ случаѣ обвиненія министра палатой общинъ предъ лордами, самъ парламентъ судитъ о томъ, были ли налицо условія крайней необходимости, оправдывавшія обращеніе къ незаконнымъ мѣрамъ. Напротивъ, въ странахъ прусскаго типа, въ томъ числѣ и въ Россіи, гдѣ изданіе чрезвычайныхъ указовъ есть *право* правитель ства, тамъ парламентъ долженъ установить *противозаконныя* черты въ актѣ изданія чрезвычайнаго указа, въ условіяхъ и формахъ, несоблюденныхъ при его изданіи, и только тогда можетъ возникнуть вопросъ объ отвѣтственности правительства за изданіе указа. Слѣдовательно, здѣсь на мѣсто крайней необходимости какъ бы становится понятіе *необходимой обороны*, т. е. акта, по существу признаваемаго правомѣрнымъ, какъ направленнаго на устраненіе неправомѣрнаго дѣйствія, гдѣ вопросъ сводится лишь къ наличности превышенія или соблюденія предѣловъ необходимой обороны...

Изложенная конструкція чрезвычайно-указнаго права, принятая въ странахъ англійскаго типа, показываетъ, что съ исключительными обстоятельствами можно бороться и безъ чрезвычайно-указнаго права; вопросъ лишь въ *усиленіи тяжести отвѣтственности*, которая здѣсь падаетъ на правительство, а не на парламентъ [1]), иногда и отсутствующій по винѣ самого правительства, и въ *перенесеніи на правительство бремени доказыванія*, что налицо были исключительныя обстоятельства, неустранимыя законными средствами. Въ виду указанной постановки вопроса, значительно колеблется представленіе о неизбѣжности чрезвычайно-указнаго права для всякаго конституціоннаго порядка; въ томъ же направленіи дѣйствуютъ выводы изъ теоріи и практики нѣкоторыхъ конституціонныхъ учрежденій, проливающіе новый свѣтъ на изучаемый институтъ. До сихъ поръ мы разсматривали его, главнымъ образомъ, какъ *правовой* принципъ, усвоенный конституціоннымъ режимомъ. Вопросъ о цѣлесообразности института выдвигаетъ политическую его природу, которая можетъ быть понята только въ исторической перспективѣ. Она открываетъ намъ совершенно опредѣленныя, чисто-абсолютистскія черты этого института, она показываетъ, что онъ является наслѣдіемъ абсолютизма [2]), стремящагося приспособиться къ но-

---

[1]) Что у насъ, напр., эта отвѣтственность иногда прямо возлагается на парламентъ, доказываютъ пренія по законопроекту, соотвѣтствующему указу 9 ноября 1906 г., изданному во время 7-мѣсячнаго роспуска первой Гос. Думы. *Стеногр. Отч.*. III соз., II сесс., октябрь—ноябрь 1908 г.

[2]) Строго говоря, чрезвычайно-указное право является не столько пережиткомъ или обломкомъ абсолютизма, сколько специфическимъ образованіемъ псевдо-конституціонализма (такъ называемаго Scheinkonstitutionalismus): политически еще мощный абсолютизмъ, вынужденный дышать въ новой атмосферѣ юридическаго быта, создаетъ себѣ какъ бы органы приспособленія къ новой средѣ, которые, достигнувъ своего назначенія и исчерпавъ свою задачу, атрофируются и отмираютъ, и абсолютистская ихъ форма смѣняется конституціонной... Различіе между изучаемымъ явленіемъ и политическимъ пережиткомъ то же, что между провизорными и рудиментарными органами у живыхъ организмовъ: послѣдніе, поскольку они атрофировались,—безполезны и лишены жизненнаго значенія въ нормальныхъ функціяхъ организма; первые, напротивъ, даютъ средства зародышу приспособиться къ своеобразнымъ условіямъ его переходнаго существованія, и лишь тогда отмираютъ и замѣняются конститутивными органами. Такова же историческая природа чрезвычайно-указнаго права. Бар. *Нольде*, характеризуя юридическую природу чрезвычайнаго указа, справедливо указываетъ, что всякій такой указъ осужденъ на смерть уже при самомъ его изданіи. Въ такомъ случаѣ, разсматривая съ исторической точки зрѣнія *весь институтъ чрезвычайно-указнаго права* въ цѣломъ, мы видимъ, что онъ пьетъ

вымъ формамъ октроированнаго права и проникнутаго глубокимъ недовѣріемъ къ духу новыхъ учрежденій. Съ этой точки зрѣнія чрезвычайно-указное право не только не вытекаетъ изъ духа конституціонныхъ учрежденій, но является резервомъ, направленнымъ противъ ихъ неизбѣжнаго роста; только усиленіе значенія народнаго представительства притупляетъ это политическое оружіе, направленное противъ него, и обращаетъ разсматриваемый институтъ къ цѣлямъ, прямо противоположнымъ его историческому назначенію. Что же касается борьбы государства съ исключительными обстоятельствами, требующими неотложныхъ мѣръ, то противъ нихъ есть другія правовыя средства, политически менѣе опасныя и юридически болѣе конституціонныя [1]).

Выше было указано, что большинство современныхъ государствъ не знаетъ чрезвычайно-указнаго права, разумѣя подъ нимъ *общее полномочіе* монарха издавать указы съ временной силой закона. Какъ же отвѣчаютъ эти страны, не знающія общаго чрезвычайно-указнаго права, на исключительныя обстоятельства,

---

изъ чаши смерти, что каждый годъ его жизни есть годъ его неотвратимаго умиранія, что каждый шагъ конституціоннаго развитія есть новый моментъ въ ростѣ того сѣмени смерти, которое заложено въ самомъ сердцѣ института. Отмирая, какъ политическое оружіе, направленное противъ усиленія представительныхъ учрежденій, онъ сохраняется, какъ юридическій принципъ, разсчитанный на исключительныя обстоятельства, и тѣмъ рѣже примѣняется, чѣмъ болѣе рѣдки подобныя обстоятельства и чѣмъ болѣе возможности устранить ихъ законными средствами; постольку же въ большинствѣ дѣйствующихъ конституцій этого принципа вовсе нѣтъ или онъ былъ вычеркнутъ (Бельгія, Италія, Швеція, Греція и др.). Поскольку эти соображенія примѣнимы ко всякой публично-правовой нормѣ, которая въ процессѣ своего примѣненія исчерпываетъ свою политическую роль или утрачиваетъ свой первоначальный смыслъ—*Я. Магазинеръ*, Георгъ Еллинекъ объ эволюціи конституціонныхъ учрежденій, Вопр. Обществ., 1908, I.

[1]) Кромѣ указанныхъ возраженій противъ чрезвычайно-указнаго принципа, необходимо также имѣть въ виду, что во 1-хъ, *нормировать* чрезвычайныя или исключительныя обстоятельства, уложить ихъ въ рамки точныхъ требованій закона представляется задачей, законодательное рѣшеніе которой, какъ бы идеально оно ни было, всегда спорно и политически опасно: *исключительныя* обстоятельства невозможно нормировать *обыкновенными*, неизмѣнно-дѣйствующими правилами. Во 2-хъ, политическое значеніе чрезвычайно-указнаго права то же, что и *монархическаго veto*: даже когда оно не примѣняется, а лишь *хранится въ запасѣ* правительственныхъ рессурсовъ на случай борьбы съ парламентомъ, оно дѣйствуетъ, какъ *скрытая угроза*, ослабляющая парламентъ и лишающая его правовой энергіи въ конфликтахъ съ правительствомъ.

требующія, въ отсутствіе парламента, неотложныхъ мѣръ? Эту функцію исполняетъ тамъ, во 1-хъ, *частное*, или спеціальное, чрезвычайно-указное право, которое допускается почти всюду, какъ въ старомъ, такъ и въ новомъ свѣтѣ, въ монархіяхъ Европы такъ же, какъ въ республикахъ Америки; существуетъ оно и тамъ, гдѣ есть общее чрезвычайно-указное право, наряду съ нимъ. Это право главы государства, по спеціально-указаннымъ, въ конституціи или въ особыхъ законахъ, предметамъ, пріостанавливать дѣйствіе тѣхъ или иныхъ законовъ, т. е. издавать чрезвычайные указы въ опредѣленной сферѣ законодательства. Характерныя черты представляетъ въ этомъ отношеніи ст. 17 Испанской конституціи, о пріостановкѣ нѣкоторыхъ гарантій личной свободы: „Гарантіи, указанныя въ ст. 4, 5, 6 и 9 и въ частяхъ 1, 2 и 3 ст. 13, не могутъ быть пріостановлены ни во всей монархіи, ни въ какой-либо ея части иначе, какъ *временно и въ силу закона*, когда *безопасность государства* и *чрезвычайныя обстоятельства* того потребуютъ. Если кортесы не собраны, а обстоятельства важны и требуютъ неотложныхъ мѣръ, правительство подъ своею отвѣтственностью можетъ постановить о пріостановленіи гарантій, о которыхъ говорили предыдущія части этой статьи, но обязано представить свое рѣшеніе на утвержденіе кортесовъ въ возможно короткій срокъ. Ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть пріостановлены другія гарантіи, кромѣ тѣхъ, которыя указаны въ первой части настоящей статьи [1])... Интересны также опредѣленія фран-

---

[1]) Аналогично—ст. 145 § 34 Португальской конституціи и др.: чрезвычайныя финансовыя мѣры допускаютъ Саксонская конституція § 105, Японская ст. 70, ст. 17 „Правилъ" 8 марта 1906 г. и др.; о толкованіи законовъ королемъ—Шведская конституція, § 88; объ Эльзасъ-Лотарингіи и о низкихъ тарифахъ для съѣстныхъ припасовъ—Германская конституція, ст. 46; осадное положеніе.—Бразильская конституція, ст. 80, § 1, 3, Аргентинская, ст. 67, § 26 и др. *В. М. Гессенъ*, Исключительное положеніе, Спб. 1903 стр. 80, относитъ къ странамъ чрезвычайно-указнаго права Аргентину и Бразилію. Этотъ взглядъ основанъ на ст. 23, 53, 67 § 26, 86 § 19 Аргентинской конституціи и ст. 80, 34 § 21, 48 § 15 Бразильской. Но эти статьи обѣихъ конституцій говорятъ объ осадномъ положеніи: онѣ допускаютъ пріостановку лишь „конституціонныхъ гарантій", а не всѣхъ вообще законовъ, какъ это присуще чрезвычайно-указному праву, которое *лишь въ видѣ изъятія* охраняетъ нѣкоторыя неприкосновенныя для указа нормы. Если же признать Аргентину и Бразилію странами чрезвычайно-указнаго права потому лишь, что онѣ допускаютъ пріостановку конституціонныхъ гарантій во время осаднаго положенія, то на томъ же основаніи пришлось бы отнести сюда едва ли не подавляющее большинство дѣйствующихъ консти-

цузскаго права. На основаніи законовъ 9 августа 1849 г. и 3 апрѣля 1878 г., предоставляющихъ правительству право объявленія *осаднаго положенія*, могутъ быть изданы регламенты, нарушающіе свободу печати и собраній, неприкосновенность жилища и частной собственности, даже касающіеся организаціи муниципальной и департаментской. На основаніи закона 3 марта 1822 г. о *санитарной полиціи*, донынѣ дѣйствующаго, правительство вправѣ принимать „исключительныя мѣры на границахъ или внутри страны, если онѣ необходимы въ виду распространенія или опасности распространенія заразительной болѣзни“ (art 1-er); нарушеніе такихъ регламентовъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ обложено смертной казнью. Лаферьеръ къ этимъ двумъ группамъ присоединяетъ регламенты, изданные въ виду голода: правительство можетъ запретить употребленіе хлѣбныхъ и вообще питательныхъ продуктовъ на чисто промышленныя цѣли; такъ, декретъ 26 октября 1854 г. запретилъ „la destillation des céreales et de toute autre substance farineuse servant à l'alimentation“, что̀ госуд. совѣтъ призналъ мѣрой, принятой „въ интересахъ общаго блага и общественной безопасности“. *G. Cahen*, приводя это мнѣніе Лаферьера и его ссылку на декретъ 1854 г., справедливо замѣчаетъ, что это—мѣра скорѣе praeter legem, чѣмъ contra legem, ибо она не нарушала формальнаго закона. Напротивъ, законъ 13 декабря 1897 г. даетъ мѣсто для регламентовъ contra legem, уполномочивая правительство „à rendre provisoirement officielles et applicables par décret les dispositions des projets de lois portant relèvement les droits de douane, dès que ces projets auront été déposés“, т. е. правительство вправѣ временно измѣнить еще дѣйствующіе законы, устанавливающіе таможенные налоги. Своеобразны нѣкоторые частные моменты французскаго права, когда декретъ президента можетъ измѣнить актъ творчества закона. Ст. 13 закона 1 іюля 1901 г. о конгрегаціяхъ устанавливаетъ, что религіозная конгрегація получаетъ свою силу отъ закона (est autorisée par loi), но ея закрытіе рѣшаетъ декретъ, изданный президентомъ въ совѣтѣ министровъ [1]).

туцій. Объ осадномъ положеніи *Th. Reinach*, De l'état de siège et des institutions de salut public à Rome, en France et dans les législations étrangères, Paris, 1885, p. 237—268; о разграниченіи чрезвычайно-указнаго права и права объявленія осаднаго положенія—*Gmelin*, Ueber den Umfang des königlichen Verordnungsrechtes... S. 141.

[1]) Ср. также законы 27 іюля 1822 г. (о таможенныхъ налогахъ), 15 февраля

Такимъ образомъ, указанныя выше государства, не знающія общаго чрезвычайно-указнаго права, предусматриваютъ исключительныя или особыя обстоятельства путемъ: 1) установленія нормъ частнаго чрезвычайно-указнаго права. Той же цѣли служатъ: 2) институтъ *чрезвычайныхъ сессій* (напр., Соединенные Штаты, ст. II, разд. III, Швеція, 49, 109 и др.) [1]) и 3) автоматическій, *ipsa lege, сборъ палатъ*: во Франціи палаты безъ созыва собираются черезъ два дня послѣ объявленія президентомъ осаднаго положенія, въ Бельгіи ст. 79,—не позже, чѣмъ черезъ десять дней послѣ смерти короля, а въ Нидерландахъ, ст. 102, черезъ 15 дней послѣ смерти или отреченія короля. Иногда 4) палаты должны быть созваны *по требованію извѣстнаго числа ихъ членовъ*: по французскому конституціонному закону 16 іюля 1875 г., ст. 2, если созыва требуетъ абсолютное большинство членовъ каждой палаты [2]); согласно ст. 86 конституціи Швейцаріи, если созыва требуетъ 1/4 членовъ національнаго совѣта или 5 кантоновъ [3]).

Если разсматривать изучаемый институтъ de lege ferenda, то сочетаніе всѣхъ этихъ конституціонныхъ средствъ борьбы съ чрезвычайными обстоятельствами или даже только нѣкоторыхъ изъ нихъ—явилось бы вполнѣ достаточнымъ и цѣлесообразнымъ средствомъ замѣны чрезвычайно-указнаго права. Принципъ, лежащій въ основѣ отстаиваемой конструкціи, заключается въ томъ, что *центръ тяжести государственной жизни всегда остается въ пар-*

1902 г. (санит. полиціи) и др. у *L. Duguit*, 1018, 1020.—„Указы, противорѣчащіе законамъ, юридически возможны и дѣйствительны: то они предусмотрѣны конституціей, то самими законами". *Georges Cahen*, La loi et le reglement, Paris, 1903, p.p. 330—332.—*F. Moreau.* Précis du droit constitutionnel, Paris, 1905, p. p. 314—16.

[1]) Въ своеобразной юридико-политической обстановкѣ примѣненъ былъ этотъ принципъ при созывѣ 1 сентября 1910 г. чрезвычайной сессіи финляндскаго сейма, въ связи съ закономъ 17 іюня 1910 г. о порядкѣ изданія касающихся Финляндіи законовъ и постановленій общегосударственнаго значенія.

[2]) *L. Duguit*, Droit constitutionnel, II, Paris, 1907, 827 (споръ съ Эсменомъ о характерѣ большинства).

[3]) Любопытную параллель чрезвычайно-указному праву можно наблюдать въ такъ называемыхъ *Octroyirte Polizeiverordnungen* Пруссіи, гдѣ органы администраціи, въ случаѣ неотложной необходимости, уполномочены принимать мѣры, требующія въ нормальныхъ обстоятельствахъ согласія органовъ самоуправленія. То же, въ болѣе однако ограниченныхъ предѣлахъ, во Франціи и въ Англіи. *H. Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, Berlin, 1895, S.s. 250—54; пренія въ Гос. Совѣтѣ, *Стен. отч.*, III сессіи, засѣд. 2 апрѣля 1908 г.

ламентахъ и не можетъ перемѣщаться, даже во время отсутствія парламента, въ правовую сферу исполнительной власти. Въ случаѣ наступленія исключительныхъ обстоятельствъ, глава государства либо самъ созываетъ парламентъ на чрезвычайную сессію, либо парламентъ собирается по собственному почину: въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ или по требованію опредѣленнаго числа членовъ парламента, онъ собирается по собственному праву для отвѣта на чрезвычайныя обстоятельства, или для сужденія о мѣрахъ, принятыхъ уже правительствомъ на основаніи частнаго чрезвычайно-указнаго права.

Такая конструкція не только послѣдовательно вытекаетъ изъ природы народно-представительныхъ учрежденій, но и отвѣчаетъ теоретическому существу государственно-правовыхъ полномочій вообще, предѣлы которыхъ въ конечномъ счетѣ опредѣляются не чѣмъ инымъ, какъ *распредѣленіемъ власти усмотрѣнія между органами сходной и смежной компетенціи*, этимъ мѣриломъ политической силы и правовой мощи, этимъ кардинальнымъ принципомъ всякой государственной системы, еще не получившимъ того теоретическаго значенія, которое соотвѣтствовало бы его силѣ въ правовой практикѣ современнаго государства [1]).

В. Юридическая природа чрезвычайнаго указа по русскому праву.

Какова юридическая природа, чрезвычайно-указной дѣятельности? [2]) Есть ли это видъ дѣятельности законодательной или

---

[1]) О политической природѣ власти усмотрѣнія *Я. Магазинеръ*, Самодержавіе народа, опытъ соціально-политической конструкціи суверенитета, Спб., 1907.

[2]) Чрезвычайно-указное право иногда обосновывается въ духѣ старой делегаціонной доктрины. Говорятъ, что это право покоится на делегаціи парламента, который какъ бы предоставляетъ правительству *дискреціонныя полномочія въ сферѣ законодательства*. Обыкновенно начинаютъ съ того, что чрезвычайные указы сближаются съ порученными указами (Delegationsverordnungen), при чемъ обѣ группы указовъ объявляются промежуточной сферой между указомъ и закономъ, особымъ типомъ актовъ государственной воли (eine besondere Art von Staatswillensakten). На этомъ сближеніи однако не останавливаются. Оказывается, что различіе между чрезвычайными и порученными указами не такъ велико, какъ кажется: „Предварительное и послѣдующее одобреніе могутъ стоять и рядомъ другъ съ другомъ. Съ одной стороны, при такъ называемой *условной делегаціи*, за уполномочивающимъ закономъ (Ermächtigungsgesetze) слѣдуютъ одинъ или нѣсколько законовъ, одобряющихъ принятыя мѣры (Genehmigungsgesetze); съ другой стороны, и тамъ, гдѣ чрезвычайно-указное право представлено осо-

указной? Трудность рѣшенія этого вопроса обусловлена той крайне своеобразной дилеммой, предъ которой останавливаются изслѣдователи вопроса и которая можетъ быть формулирована слѣдующимъ образомъ. Нельзя считать чрезвычайные указы законами, такъ какъ они суть акты одного лишь фактора законотворчества, монарха, и слѣдовательно законами названы быть не могутъ; таковыми являются лишь результаты совмѣстной дѣятельности монарха съ парламентомъ, а не акты одного изъ нихъ. Но чрезвычайно-указную дѣятельность затрудняются назвать и дѣятельностью указной, такъ какъ предметомъ ея являются мѣры законодательнаго характера [1]).

бымъ закономъ о делегаціи, тамъ для каждаго отдѣльнаго чрезвычайнаго указа должно быть испрошено послѣдующее одобреніе" (die nachträgliche Gutheissung eingeholt werden). *H. Gmelin*, Ueber den Umfang des kngl. Vrdngsrechtes, 90—91.—Не останавливаясь на этой конструкціи по существу ея, замѣтимъ лишь, что подобно полномочіямъ парламента, права короны не могутъ быть поняты, какъ *делегированныя* полномочія, что правовымъ источникомъ отношеній между парламентомъ и правительствомъ является не односторонняя *воля* одного изъ нихъ, а конституціонный законъ, опредѣляющій права и обязанности ихъ обоихъ. Ср. конструкцію депутатскихъ полномочій и правомочій правительства въ сферѣ управленія—*Н. И. Лазаревскій*, Рус. госуд. право, I, 328 и 168.

[1]) Существуютъ и такіе отвѣты на поставленный вопросъ, которые отрицаютъ или обходятъ самую дилемму. Такъ, *H. Hansel*, (Die Notverordnung nach deutschem Staatsrechte, Leipzig, 1904, S.s. 57—62) не рѣшается видѣть въ чрезвычайномъ указѣ ни видъ закона, ни видъ указа, а ставитъ его рядомъ съ ними; законъ и указъ для него являются *правильными* формами волеизъявленія государства, между тѣмъ, какъ чрезвычайный указъ, являясь „*легальнымъ* нарушеніемъ конституціи" (S. 9), есть *неправильная* форма волеизъявленія государства, обладающая суспенсивной, но не дерогирующей силой закона. Въ томъ же смыслѣ высказывается *L. Spiegel*, цит. соч., который создаетъ для чрезвычайнаго указа особую категорію, наряду съ закономъ и указомъ. Напротивъ, *F. Glatzer*, s. 6, опредѣляетъ чрезвычайно-указное право, какъ „das generelle und zwar ausdrücklich verfassungsgesetzlich gewährte *Recht provizorischer Gesetzgebung*, ausgeübt durch den Souverän unter nachträglicher (legislatorischer) Mitwirkung der Volksvertretung". *Zolger*, 395, для австрійскаго права, рѣшаетъ этотъ вопросъ въ пользу *указнаго* характера всякой Notverordnung, онъ разсматриваетъ Nvrdg, nur als eine *Spielart*, der mit derogatorischer Wirkung gegenüber Cesetzen ausgestatteten delegierten Verordnung. Взглядъ Spiegel'я Zolger разсматриваетъ, какъ недопустимое преувеличеніе отличительныхъ свойствъ чрезвычайнаго указа. *J. Zolger*, Oesterreichisches Verordnungsrecht, Innsbruck, 1892, s. 395.—*G. Iellinek* (Gesetz und Verordnung, Freiburg, 1887, S. 376) называетъ чрезвычайные указы—„заступающими мѣсто закона *указами*" (gesetzvertretende Verordnungen). Интересныя замѣчанія

Въ первомъ случаѣ, слѣдовательно, наталкиваются на формальное препятствіе, во второмъ на матеріальное. Намъ думается, что серьезность послѣдняго затрудненія значительно преувеличена. Если оставаться на почвѣ формальнаго понятія закона и признавать законами только акты, изданные монархомъ въ единеніи съ парламентомъ, то необходимо будетъ признать, что всякій нормоустановляющій актъ монарха, не совпадающій съ понятіемъ закона въ формальномъ смыслѣ, долженъ быть признанъ, независимо отъ своей формы и своего содержанія, указомъ [1]). Необходимо имѣть въ виду, что допустимое содержаніе указовъ въ различныхъ странахъ и въ разныя эпохи измѣнчиво, и устойчивой основой для разграниченія указа и закона служить не можетъ: такъ, объявленіе мѣстности на исключительномъ положеніи у насъ есть предметъ указной дѣятельности, въ то время какъ въ Англіи, напр., оно отнесено къ вопросамъ законодательнымъ; то же различіе мы наблюдаемъ въ одной и той же странѣ въ различныя эпохи: до 1701 г., до изданія Act of Settlement, король могъ амнистировать и миловать [2]) министровъ въ указномъ порядкѣ (reprive and pardon); этимъ „учредительнымъ актомъ" упомянутое право было уничтожено, изъято изъ указной сферы и перенесено въ законодательную; съ этого момента impeachment не могъ быть погашенъ въ указномъ порядкѣ, помилованіе министра за преступленія по должности можетъ быть дано лишь въ законодательномъ порядкѣ индемнитетнымъ закономъ (Act of indemnity) [3]). Рядъ конституцій конструируетъ теперь право

у *Gmelin*'а, s. 90. О расколѣ въ австрійской доктринѣ, по вопросу объ указной или законодательной природѣ чрезвычайнаго указа, *Zolger*, 329.

[1]) *F. Moreau* (le règlement administratif, 1902): „Le reglement et la loi ont *la même nature intrinsèque*. Ils diffèrent par l'autorité, qui les a fait et la difference est hiérarchique".

[2]) *П. И. Люблинскій*, Право амнистіи, Спб, 1907.

[3]) Сферы дѣятельности *судебной* и *законодательной*, *судебной* и *административной* также не представляютъ собою чего-то разъ навсегда замкнутаго. И здѣсь мы замѣчаемъ, какъ вопросы изъ одной сферы постоянно перетекаютъ въ другую. Здѣсь достаточно указать на „успувшій" въ Англіи и прямо запрещенный въ Соед. Штатахъ *Bill of attainder*, представлявшій собою судебный приговоръ законодательной власти, и на колеблющіеся предѣлы судебно-*наказной* дѣятельности; на мѣняющійся характеръ разсмотрѣнія исковъ къ должностнымъ лицамъ и ихъ отвѣтственности, уголовной, гражданской и дисциплинарной. Данныя объ этомъ у *Н. И. Лазаревскаго*, Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, Спб., 1905.

помилованія обвиненныхъ министровъ въ согласіи съ англійскимъ типомъ, т. е. не допускаетъ для него указнаго порядка или прямо требуетъ порядка законодательнаго (Болгарская 159, Саксонская 150, Баварская зак. 4 іюня 1848, XII, Черногорская 116 и др.). Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ постояннымъ переходомъ вопросовъ изъ указной сферы въ законодательную, и *обратно*, съ явленіемъ которое можетъ быть характеризовано, какъ *диффузія публично-правовыхъ полномочій*. Въ частности, по отношенію къ чрезвычайно-указному праву, эта диффузія, которая, какъ непрерывно протекающій процессъ, представляетъ собою явленіе фактическое, а не юридическое, возведена въ законъ: *въ опредѣленные моменты и при извѣстныхъ условіяхъ, вопросы, находящіеся въ законодательной сферѣ, диффудируютъ въ сферу указную.*

Частные случаи общаго принципа чрезвычайно-указнаго права мы видимъ въ тѣхъ статьяхъ конституцій, которыя предоставляютъ главѣ государства издавать, при извѣстныхъ обстоятельствахъ или въ извѣстной сферѣ, акты съ силою закона, въ томъ смыслѣ, что эти акты, изданные на опредѣленное время или для опредѣленной мѣстности или для опредѣленнаго рода дѣлъ, могутъ пріостанавливать дѣйствіе общихъ законовъ. Таковы акты главы государства объ объявленіи мѣстности на военномъ или исключительномъ положеніи (ст. 15 Осн. Зак.). Мы указываемъ на эту статью Осн. Зак. не потому, что она вводитъ въ указную сферу вопросы, которые въ другихъ странахъ входятъ въ сферу законодательную, т. е. требуютъ участія парламента въ ихъ рѣшеніи; мы имѣемъ въ виду не колеблющіеся матеріальные признаки закона, а его устойчивую *формально*-юридическую природу. Важно то обстоятельство, что указы, изданные на основаніи этой статьи и остающіеся въ ея предѣлахъ, точнѣе указанныхъ въ „Положеніи о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка и общественнаго спокойствія 14 августа 1881 г"., могутъ, на основаніи ст. 83 Осн. Зак., *противорѣчить нормально-дѣйствующимъ законамъ*, указаннымъ въ ст. 69—82 Осн. Зак., идти не только praeter, но и contra legem и, такимъ образомъ, не будучи сами законами, обладаютъ *силой* таковыхъ; съ этой точки они являются не чѣмъ инымъ, какъ частнымъ случаемъ общаго правила ст. 87, т. е. своеобразно нормированнымъ частнымъ чрезвычайно-указнымъ правомъ.

Остановимся на общемъ значеніи ст. 12—23 Осн. Зак.. Разсмотрѣніе этого вопроса должно раскрыть своеобразную природу актовъ,

изданныхъ на основаніи ст. 14, 96—97 Осн. Зак., а также юридическое существо чрезвычайнаго указа и его мѣсто въ системѣ русскаго указнаго права. Основнымъ положеніемъ общаго конституціоннаго права и, въ частности, русскаго, является тезисъ: указъ, какъ нормальный актъ управленія, долженъ быть подзаконнымъ: „Государь Императоръ въ порядкѣ верховнаго управленія издаетъ, *въ соотвѣтствіи съ законами*, указы, для устройства и приведенія въ дѣйствіе различныхъ частей государственнаго управленія, равно повелѣнія, необходимыя для исполненія законовъ“ (ст. 11 Осн. Зак.). Такіе указы, слѣдовательно, не могутъ ни противорѣчить законамъ, ни отмѣнять ихъ; поскольку они противорѣчатъ закону и въ той ихъ части, которая противорѣчитъ закону, они осуждены на безсиліе: не указъ отмѣняетъ законъ, ему противорѣчащій, а законъ отмѣняетъ тѣ элементы указа, которые съ нимъ несогласны. Таково общее правило, выраженное въ ст. 11 Осн. Зак. Каково же значеніе послѣдующихъ ст. 12—23 Осн. Зак.? Останавливаясь на *политической* природѣ правъ монарха, основанныхъ на этихъ статьяхъ, мы видимъ, что здѣсь его вѣдѣнію предоставленъ цѣлый рядъ областей государственной жизни, въ коихъ онъ осуществляетъ свою власть, какъ исторически сложившуюся и конституціей почти непоколебленную прерогативу; это сфера, устроеніе коей предоставлено его вѣдѣнію и почину; это дѣятельность, направленіе коей сообщаетъ онъ самъ; это могущественные элементы исторической, доконституціонной прерогативы монарха, перенесенные въ среду новыхъ, октроированныхъ имъ, учрежденій и политически въ нихъ нерастворенные. Эти статьи Осн. Законовъ обнимаютъ задачи огромной государственной важности. Сюда входятъ вопросы, касающіеся внѣшнихъ сношеній (ст. 12), войны и мира (ст. 13), арміи и флота (ст. 14), объявленія военнаго или исключительнаго положенія (ст. 15), чеканки монеты (ст. 16), назначенія и увольненія должностныхъ лицъ (ст. 17), ограниченій служащихъ (ст. 18), титуловъ, орденовъ, отличій и правъ состоянія (ст. 19), личной собственности Государя и имуществъ Государевыхъ (ст. 20), удѣльныхъ имуществъ и вѣдомства Императорскаго Двора (ст. 21), судебной власти (ст. 22), помилованія и дарованія милостей вообще (ст. 23) [1]).

---

[1]) Ст. 125 Осн. Зак. и нормы, опредѣляющія бюджетныя права Государя, какъ представляющія существенныя особенности, къ вопросу, насъ занимающему, прямо не относятся. О династическомъ законодательствѣ и

Юридическій смыслъ этихъ статей заключается въ томъ, что вопросы, въ нихъ указанные могутъ быть разрѣшены Государемъ самостоятельно, т. е. безъ участія Гос. Совѣта и Гос. Думы, съ двумя лишь ограниченіями. Первое изъ нихъ, упомянутое въ ст. 96 Осн. Зак., связанной со ст. 14, заключается въ томъ, что акты, издаваемые на основаніи ст. 96, *не должны вызывать новаго расхода изъ казны*, не покрываемаго ожидаемыми сбереженіями по финансовой смѣтѣ военнаго или морского министерства по принадлежности; но и всѣ вообще акты, изданные на основаніи ст. 11—23, подчиняются этому правилу ст. 96, ибо право распоряженія государственными расходами предоставлено монарху лишь въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ, спеціально-указанныхъ, напр., въ ст. 115, 117—119 Осн. Зак. [1]). Второе ограниченіе заключается въ томъ, что акты, изданные на основаніи и въ предѣлахъ ст. 12—23, *не могутъ противорѣчить закону*. Это доказывается и вводнымъ, обобщеннымъ характеромъ ст. 11 Осн. Зак., развитіемъ которой являются ст. 12—23 Осн. Зак., а также самымъ включеніемъ этихъ статей въ Основные Законы, которое представлялось бы излишнимъ, еслибы монархъ сохранилъ право перерѣшать указами вопросы, разрѣшенные законами [2]).

Какова же юридическая природа актовъ, издаваемыхъ на основаніи ст. 12—23? Въ соотвѣтствующихъ статьяхъ Основныхъ Законовъ мы находимъ два различныхъ выраженія, коими характеризуется право Государя на изданіе актовъ по силѣ этихъ статей: то эти акты издаются имъ „въ порядкѣ верховнаго управленія“ (ст. 14 и 18, а также ст. 117 и 118), то „непосредственно“ (ст. 19 и 20). Какое различіе между этими терминами? Если не возлагать преувеличенныхъ надеждъ на матеріальные признаки различія, при опредѣленіи юридической силы актовъ государственнаго властвованія, и придавать рѣшающее значеніе ихъ формально-юридической природѣ, то юридическое значеніе различія между этими терминами приходится признать въ значительной мѣрѣ призрачнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, каковы матеріальные признаки различія между актами, издаваемыми „въ порядкѣ вер-

---

принципѣ Hausrecht bricht nicht Staatsrecht проф. *Н. И. Палiенко*, Основные законы и формы правленія въ Россіи, Ярославль, 1910, стр. 50; *Н. И Лазаревскій*, Конституціонное право, Спб., 1908, стр. 175.—О т. н. военномъ и церковномъ законодательствѣ—*Н. И. Палiенко*, 67.

[1]) *Н. И. Палiенко*, 56.

[2]) *Н. И. Лазаревскій*, 171.

ховнаго управленія" и издаваемыми „непосредственно"? Проф. *бар. Б. Э. Нольде* [1]) видитъ это различіе въ томъ, что первые суть „распоряженія исполнительнаго характера", а вторые суть акты „спеціально-обозначенные, *какъ таковые*". Трудно найти въ этихъ словахъ „матеріальные" признаки различія: остается по-прежнему вопросомъ, о чемъ же трактуютъ акты „спеціально-обозначенные, какъ таковые „и что именно объединяетъ ихъ въ одномъ общемъ для нихъ терминѣ „непосредственно" издаваемые". Думается, что помимо терминологическихъ оттѣнковъ, различіе между указанными понятіями имѣетъ, главнымъ образомъ, политическое значеніе. При перечисленіи актовъ, издаваемыхъ въ порядкѣ верховнаго управленія, монархъ характеризуется, какъ *органъ*, осуществляющій публично-правовыя функціи, которыя суть его *обязанности*; въ упоминаніи объ актахъ, непосредственно издаваемыхъ, оттѣняется, главнымъ образомъ, *прерогатива* монарха, функціи котораго здѣсь являются правомочіями въ большей степени, чѣмъ правообязанностями: въ одномъ случаѣ, въ актахъ монарха подчеркиваются *функціи органа*; въ другомъ — рѣзче выраженъ моментъ *прерогативы короны*, устраняющей правовое давленіе на волю монарха. Такъ, въ осуществленіе монархической прерогативы, Государемъ „*непосредственно* опредѣляются условія и порядокъ пожалованія титуловъ, орденовъ и отличій" (ст. 19); онъ же „издаетъ *непосредственно* указы и повелѣнія, какъ въ отношеніи имуществъ, личную его собственность составляющихъ, такъ равно въ отношеніи имуществъ именуемыхъ Государевыми, кои, всегда принадлежа царствующему Императору, не могутъ быть завѣщаемы, поступать въ раздѣлъ и подлежать инымъ видамъ отчужденія. Какъ тѣ, такъ и другія имущества не подчиняются платежу налоговъ и сборовъ" (ст. 20). Различіе между обоими видами имуществъ должно быть понято въ томъ смыслѣ, что первыя, принадлежа данному Государю на правѣ *собственности*, неразрывно связаны съ его *личностью*, независимо отъ его отношенія къ трону; вторыя, въ отношеніи которыхъ данный Государь имѣетъ *права владѣнія и пользованія*, неразрывно связаны не съ опредѣленной индивидуальностью, а съ *отвлеченнымъ лицомъ*, „царствующимъ Императоромъ", кто бы имъ ни являлся. Относительно обоихъ видовъ этихъ имуществъ

[1]) Очерки русскаго конституціоннаго права, вып. I, Ст. 87 Осн. Зак., Спб. 1907, стр. 53.

монарху принадлежитъ прерогатива *управлять* ими по своему усмотрѣнію [1]).

Мы стремились установить матеріальные признаки различія между актами, издаваемыми „непосредственно“ и „въ порядкѣ верховнаго управленія“ [2]). Трудно отрицать серьезное *политическое* значеніе этого различія. Но имѣетъ ли оно такое же юридическое значеніе, влечетъ ли оно за собою какія-нибудь различія въ *юридической силѣ* нормъ, изданныхъ въ каждомъ изъ этихъ порядковъ? На эти вопросы приходится отвѣтить отрицательно [3]). Напрасно мы стали бы искать этихъ различій: самъ законъ не только не даетъ основаній для установленія этихъ различій, но что неожиданнѣе всего—употребляя различные термины, *въ то же время колеблется признать самое различіе между ними* и борется между двумя противорѣчивыми отвѣтами на поставленный вопросъ. Такъ, въ ст. 24 Осн. Зак. изучаемые термины сопоставляются, какъ различные: „Указы и повелѣнія Государя Императора, въ порядкѣ *верховнаго управленія или непосредственно* ими издаваемые, скрѣпляются“..., что̀ даетъ основаніе признать ихъ различными. Напротивъ, ст. 10 Осн. Зак. сливаетъ

---

[1]) Интересную аналогію съ нашими учрежденіями представляютъ фидеикомиссъ королевскаго дома и частное состояніе короля по Саксонской конституціи (ст. 16—21) или имущество, принадлежащее коронѣ, и частная собственность короля по Итальянской конституціи (ст. 19—20 статута 1848 г.)—О правахъ Государя по отношенію къ упомянутымъ въ текстѣ имуществамъ—*Н. И. Лазаревскій*, 147.

[2]) Въ порядкѣ „верховнаго управленія“ издаются прежде всего указы и повелѣнія на основаніи ст. 11 Осн. Зак.; кромѣ того, „Государемъ Императоромъ, въ порядкѣ *верховнаго управленія* устанавливаются также ограниченія въ отношеніи права жительства и пріобрѣтенія недвижимаго имущества въ мѣстностяхъ, которыя составляютъ крѣпостные районы и опорные пункты для арміи и флота“ (ст. 14); „Государь Императоръ, въ порядкѣ *верховнаго управленія*, устанавливаетъ въ отношеніи служащихъ ограниченія, вызываемыя требованіями государственной службы“ (ст. 18); „Чрезвычайные сверхсмѣтные кредиты на потребности военнаго времени и на особыя приготовленія къ войнѣ, открываются, по всѣмъ вѣдомствамъ, въ порядкѣ *верховнаго управленія*, на основаніяхъ въ *законѣ* опредѣленныхъ“ (ст. 117); „Государственные займы для покрытія расходовъ, въ случаяхъ и въ предѣлахъ, предусмотрѣнныхъ въ ст. 116 (на нужды douzième'ъ), а также займы для покрытія расходовъ, назначаемыхъ на основаніи ст. 117, разрѣшаются Государемъ Императоромъ въ порядкѣ *верховнаго управленія*. Время и условія совершенія государственныхъ займовъ опредѣляются въ порядкѣ *верховнаго управленія*“ (ст. 118 Осн. Зак.).

[3]) *Н. И. Лазаревскій*, 167.

оба термина воедино: „Въ управленіи *верховномъ* власть его дѣйствуетъ *непосредственно*"..., что̀ даетъ основаніе считать оба термина тождественными. Но если самъ законъ не только не устанавливаетъ никакихъ признаковъ различія между терминами, но и колеблется признать самую наличность этого различія, то какъ искать его юридическихъ основаній и послѣдствій? Нельзя не признать, поэтому, вѣрнымъ замѣчаніе проф. Н. И. Лазаревскаго, что акты эти „ничѣмъ другъ отъ друга не отличаются ни по своей формѣ, ни по своей силѣ", а являются остатками доконституціонной терминологіи, нынѣ лишенными всякаго юридическаго значенія. Иначе, на томъ же основаніи, пришлось бы конструировать въ особую, третью, группу актовъ тѣ, о которыхъ въ Осн. Законахъ просто сказано, что они издаются Государемъ, безъ обозначенія, въ порядкѣ ли „верховнаго управленія" или „непосредственно" (ст. 12—17 и 21—23) [1]). Не трудно видѣть, что юридическое значеніе границы, раздѣляющей эти три области указной дѣятельности, оказалось бы еще болѣе призрачнымъ, чѣмъ самая граница, и что акты, изданные на основаніи ст. 12—23, суть всѣ одинаково акты управленія и ничѣмъ по своей формально-юридической природѣ другъ отъ друга не отличаются.

Къ тому же выводу мы придемъ и путемъ юридической дедукціи. Въ какомъ своемъ качествѣ монархъ издаетъ акты на основаніи ст. 12—23? Очевидно, что онъ не можетъ издавать ихъ въ качествѣ главы власти законодательной, ибо послѣднюю онъ осуществляетъ не единолично, а въ единеніи съ Гос. Совѣтомъ и Гос. Думой, безъ одобренія коихъ не можетъ послѣдовать никакой новый законъ (ст. 7 и 86 Осн. Зак.). Но въ такомъ случаѣ онъ можетъ издавать эти акты только, какъ глава верховнаго государственнаго управленія, т. е. какъ „Верховная Исполнительная Власть" [2]), и, слѣдовательно, акты, изданные имъ въ качествѣ таковой, суть акты, которые по легальному своему титулу и юридической природѣ могутъ быть приравнены только къ актамъ чисто-административнымъ. Дѣйствительно, современная доктрина и практика правового государства знаетъ только двѣ формы нормотворчества монарха: онъ выступаетъ либо

---

[1]) *Н. И. Лазаревскій*, 166.

[2]) Терминъ нашего стараго Свода Законовъ (т. I, ч. 2, Учр. Мин., ст. 152), повторенный въ мотивахъ Имен. Выс. ук. 19 окт. 1905 г. о мѣрахъ къ укрѣпленію единства въ дѣятельности министерствъ и главныхъ управленій (Собр. Узак., 1660).

какъ глава власти законодательной, либо какъ глава власти правительственной. Иныхъ юридическихъ титуловъ для нормотворчества Государя не знаютъ и наши Осн. Законы: извѣстно, что одной изъ главнѣйшихъ задачъ, возложенныхъ на новые Осн. Законы, было создать „положенія, точнѣе разграничивающія область принадлежащей Намъ нераздѣльно власти верховнаго государственнаго управленія отъ власти законодательной" (Им. Выс. ук. прав. сенату объ утв. Осн. Госуд. Зак. 23 апрѣля 1906 г.). Въ согласіи съ этимъ разграниченіемъ, указы, изданные на основаніи ст. 12—23, какъ акты не законодательные, должны быть отнесены къ актамъ управленія, и постольку противорѣчить закону не могутъ. Но мы видѣли, что къ ст. 15 Осн. Зак. это правило цѣликомъ отнесено быть не можетъ; не относится оно вполнѣ и къ указамъ, изданнымъ на основаніи ст. 14 и 96—97 Осн. Зак. [1]). Поскольку послѣдніе акты „не касаются предметовъ общихъ законовъ" и остаются въ предѣлахъ вопросовъ, намѣченныхъ въ упомянутыхъ статьяхъ, они могутъ противорѣчить закону. На основаніи этого, въ Выс. утв. 24 апрѣля 1909 г. полож. сов. мин., эти вопросы названы „законодательными", а сфера, ихъ обнимающая—„военнымъ законодательствомъ", но терминологія эта не точна [2]). Указы, изданные на основаніи ст. 14 и 96, какъ идущіе мимо законодательныхъ учрежденій, силы закона имѣть не могутъ: они могутъ пріостановить, но не отмѣнить законъ, которому противорѣчатъ, при чемъ дѣйствіе закона пріостанавливается лишь на то время, пока самъ указъ сохраняетъ свою силу; достаточно отмѣнить указъ, чтобы самъ собою вступилъ снова въ дѣйствіе законъ. Какова бы ни была сила указа, въ одномъ отношеніи она всегда будетъ меньше силы закона: указъ никогда не можетъ сдѣлать противорѣчащій ему законъ ничтожнымъ, мертвымъ, т. е. отмѣнить его; какъ только отпадаетъ, те-

[1]) Ст. 14: „Государь Императоръ есть Державный Вождь россійской арміи и флота. Ему принадлежитъ верховное начальствованіе надъ всѣми сухопутными и морскими вооруженными силами Россійскаго Государства. Онъ опредѣляетъ устройство арміи и флота и издаетъ указы и повелѣнія относительно: дислокаціи войскъ, приведенія ихъ на военное положеніе, обученія ихъ, прохожденія службы чинами арміи и флота и всего вообще относящагося до устройства вооруженныхъ силъ и обороны Россійскаго Государства"... (ограниченія личныхъ и имущественныхъ правъ въ крѣпостныхъ районахъ и опорныхъ пунктахъ).

[2]) *Н. И. Паліенко*, 61. Ср. также Выс. утв. 24 августа 1909 г. Полож. сов. мин., разъясняющее ст. 96 Осн. Зак. (Собр. Узак., № 172, ст. 1730).

ряетъ силу указъ, противный закону, возстаетъ во всей своей прежней силѣ законъ, пріостановленный, но не отмѣненный указомъ.

Изложенныя соображенія, касающіяся юридической природы указовъ, изданныхъ на основаніи ст. 14, 15 и 96—97 Осн. Зак. намѣчаютъ путь къ опредѣленію юридической природы указовъ, изданныхъ на основаніи ст. 87. Не будучи актами законодательной власти, чрезвычайные указы раздѣляютъ судьбу всѣхъ вообще единоличныхъ актовъ монарха, изданныхъ *въ порядкѣ управленія*, поскольку въ самомъ текстѣ ст. 87 нѣтъ указаній на своеобразныя черты указовъ чрезвычайныхъ [1]). Такой взглядъ есть неизбѣжное слѣдствіе формальнаго понятія закона, которое является единственнымъ надежнымъ средствомъ провести границу между актами законодательства и управленія. Законъ есть велѣніе, прошедшее чрезъ парламентъ и санкціонированное главой государства—таковъ принципъ представительнаго режима; законъ есть норма, санкціонированная народомъ—принципъ народоправства, отъ современной Швейцаріи, съ обязательнымъ референдумомъ въ нѣкоторыхъ ея кантонахъ, до античныхъ республикъ съ ихъ правиломъ „lex est, quod populus jubet atque constituit". Никакихъ матеріальныхъ признаковъ—только *источникъ*, откуда исходитъ общеобязательная норма, является рѣшающимъ признакомъ закона, и то, что въ одной странѣ нормируется законодательнымъ актомъ, то въ другой является мѣрой исполнительной власти; кромѣ приведенныхъ выше примѣровъ укажемъ на право чеканки монеты: въ Россіи и въ нѣкоторыхъ другихъ государствахъ (Испанія 54), она нормируется единоличными актами главы государства, между тѣмъ въ С.-А. Соединенныхъ Штатахъ „чеканка монеты и опредѣленіе ея

---

[1]) Во время преній по докладу о ст. 87 въ Спб. Юридическомъ Обществѣ было указано, что еслибы ст. 87 имѣла въ виду *указную* дѣятельность монарха, она не была бы помѣщена въ главѣ „*о законахъ*" (IX). Тогда же однако были подчеркнуты слова ст. 87 „въ порядкѣ *законодательномъ*", который, очевидно, противопоставляется порядку, установленному 87 статьей; съ другой стороны, замѣчено было, что значеніе ст. 87 опредѣляется не столько заголовкомъ главы, который относится къ содержанію указа, а непосредственной связью ст. 87 со ст. 86. Если ст. 86 устанавливаетъ, что никакой законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Думы и Совѣта, то ст. 87, какъ исключеніе изъ этого общаго конституціоннаго правила, и не могла найти другого мѣста, какъ непосредственно послѣ ст. 86, ибо самое естественное мѣсто для изъятія — рядомъ съ общимъ правиломъ. „Право" 1910, № 4, отчетъ о засѣд. 9 декабря 1909.—Тѣ же соображенія примѣнимы и къ ст. 96—97 Осн. Зак. Ср. *Н. И. Палієнко*, 59.

стоимости“ есть право конгресса (Ст. 1, разд. VIII). Граница, отдѣляющая указную сферу отъ законодательной, главнымъ образомъ, опредѣляется политической природой режима, но разъ вопросъ отнесенъ къ единоличному вѣдѣнію монарха, то, какъ бы вопросъ этотъ по содержанію своему ни соотвѣтствовалъ законодательнымъ функціямъ парламента, надо признать, что единоличный актъ монарха, разрѣшающій этотъ вопросъ, есть актъ управленія, а не законодательства. Съ этой точки зрѣнія, точки зрѣнія формальнаго понятія закона, чрезвычайные указы, хотя и разрѣшаютъ вопросы, требующіе обсужденія въ порядкѣ законодательномъ, являются актами управленія и отнюдь не могутъ ни считаться, ни называться „законами“, какъ это допускаетъ иногда доктрина [1]) и догма конституцій (напр. „временные законы“ Датской, ст. 25, конституціи). Соотвѣтственно этому, и въ Россіи и на Западѣ они называются „мѣрами“ (ст. 87), „чрезвычайными постановленіями“ (Болгарія 47), либо, чаще всего, просто „указами“ (Японія ст. 8, Австрія § 14 и др.).

Являясь актами управленія, чрезвычайные указы раздѣляютъ со всѣми аналогичными актами и степень ихъ обязательной силы, поскольку противнаго не установлено въ самой ст. 87, о чемъ ниже. Прежде всего, слѣдовательно, они не обладаютъ погашающей, аннулирующей силой закона: чрезвычайный указъ имѣетъ силу дополнять и измѣнять законы лишь на время своего дѣйствія, т. е. пока онъ самъ сохраняетъ свою силу; съ утратой этой силы, автоматически, ipso jure, возстановляется во всей своей силѣ законъ. Слѣдовательно, строго говоря, нельзя говорить объ отмѣнѣ чрезвычайнымъ указомъ закона, а вмѣсто временной отмѣны закона правильнѣе было бы говорить о *пріостановкѣ его дѣйствія*. Такое толкованіе силы чрезвычайнаго указа опирается на букву ст. 94 Осн. Зак., въ силу коей „законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона“, т. е. не указъ, даже чрезвычайный, а только законъ, какъ актъ изданный Государемъ при

---

[1]) Такъ въ нѣмецкой литературѣ можно встрѣтить терминъ „Notgesetz“, *Zolger* 385. Противъ термина „временный законъ“ въ примѣненіи къ чрезвычайному указу—*Hansel*, 59. О формальномъ понятіи закона у *Georges Cahen*, La loi et le règlement, p. 160: „Il y a des actes administratifs generaux;... ...il y a des actes législatifs, dont le caractère de spécialité est nettement marqué“. Цѣнныя замѣчанія—*В. М. Гессенъ*, Теорія правового государства. Сборникъ „Политическій строй современныхъ государствъ“, т. I, стр. 136.

участіи народнаго представительства, можетъ отмѣнить законъ; только этимъ послѣднимъ актамъ предоставлена аннулирующая сила закона, въ силу коей старый законъ, разъ отмѣненный, не можетъ вновь воспріять свою силу отъ того, что будетъ уничтоженъ законъ, его отмѣнившій: здѣсь отрицаніе отрицанія не даетъ утвержденія. Напротивъ, по отношенію къ закону, которому противорѣчилъ чрезвычайный указъ, это правило имѣетъ силу: разъ отпадаетъ чрезвычайный указъ, вступаетъ въ силу законъ пріостановленный, но не отмѣненный. Согласно съ этимъ и практика наша начинаетъ большинство чрезвычайныхъ указовъ словами: „*Въ измѣненіе и дополненіе подлежащихъ узаконеній*“... добавляя иногда излишнія слова: „въ видѣ временной мѣры“... Неправильное выраженіе „*Въ отмѣну*, измѣненіе и дополненіе“... также встрѣчается [1]), но рѣдко, и не имѣетъ иного значенія, кромѣ временной пріостановки, безъ аннулирующихъ результатовъ [2]).

Такъ, Выс. утв. 18 августа 1906 г. полож. сов. мин. ввело усиленную отвѣтственность за распространеніе среди войскъ противоправительственныхъ ученій и сужденій и передало въ вѣдомство военныхъ и военно-морскихъ судовъ дѣла по означеннымъ преступнымъ дѣяніямъ (Собр. Узак., 1349). Когда Гос. Дума II созыва, въ засѣд. 21 мая 1907 г., отвергла законопроектъ, соотвѣтствующій этому указу, то автоматически, ipso jure, указъ отпалъ и возстановлена была въ своей силѣ по отношенію къ указаннымъ преступнымъ дѣяніямъ ст. 130 Угол. Улож. 1903 г. [3]). Положеніе здѣсь аналогично съ тѣмъ, которое создалось послѣ того, какъ были отмѣнены *въ законодательномъ порядкѣ* правила

---

[1]) Напр., Им. Выс. ук. прав. сенату о порядкѣ образованія и дѣйствія старообрядческихъ и сектантскихъ общинъ и т. д. 17 октября 1906 г. (Собр. Узак. ст. 1728). То же въ Им. Выс. ук. прав. сенату объ отмѣнѣ нѣкоторыхъ ограниченій въ правахъ сельскихъ обывателей и лицъ другихъ бывшихъ податныхъ состояній 5 октября 1906 г. (Собр. Узак. ст. 1700), гдѣ большинство статей начинается со словъ „отмѣнить“...

[2]) Въ силу этого, чрезвычайные указы, „нося характеръ временныхъ и условныхъ постановленій“ и „не имѣя верховныхъ аттрибутовъ закона... не могутъ быть инкорпорированы въ Сводъ Законовъ, впредь до ихъ обнародованія въ законодательномъ порядкѣ“, ибо „включеніе ихъ въ Сводъ Законовъ противорѣчило бы ст. 87 Осн. Зак., опредѣляющей условія ихъ обращенія въ законъ“. Журн. Мин. Юст., 1907, Апрѣль, Хроника, 179, 184.

[3]) „Докладъ комиссіи по законопроекту объ оставленіи въ силѣ *временнаго закона* 18 августа 1906 г. объ усиленіи отвѣтственности“... № 146, 13 мая 1907 года, докладчикъ *д. Кузьминъ-Караваевъ*.

3 апрѣля 1892 г. о взысканіяхъ за тайное обученіе въ губерніяхъ Западнаго Края, а также Царства Польскаго (пріостановленныя указомъ 24 августа 1906 г.) [1]). Съ того момента, какъ состоялась въ законодательномъ порядкѣ эта отмѣна, — правила отпали, и возстановленъ былъ для Польши и Западнаго края *общеимперскій* законъ, т. е. ст. 1049—50 Улож. о Нак., карающія за открытіе школы безъ разрѣшенія.—Неправильно, однако, самъ указъ 24 августа 1906 г. беретъ на себя „отмѣну" правилъ 3 апрѣля 1892 г.: онъ только могъ пріостановить ихъ дѣйствіе до окончательнаго рѣшенія вопроса Гос. Думою, Гос. Совѣтомъ и Государемъ, совмѣстное и солидарное рѣшеніе коихъ единственно только и можетъ *отмѣнить навсегда* законъ. Это видно изъ двухъ соображеній: во 1-хъ, если самъ указъ въ состояніи былъ отмѣнить навсегда правила, то какого юридическаго результата ждали отъ постановленія Гос. Думы: „ст. 1052[1] и прим. къ ней и т. д.— отмѣнить?" Не было бы ни нужды, ни разума отмѣнять уже отмѣненное. Во 2-хъ, вообразимъ, что Дума не согласилась на отмѣну правилъ 3 апрѣля 1892 г. и, напротивъ, отвергла бы самый указъ 24 августа 1906. Въ такомъ случаѣ, правильно было бы думать, что, разъ отпадаетъ указъ, возстановляются тѣмъ самымъ правила, не отмѣненныя, а лишь пріостановленныя указомъ. Если же придавать точный смыслъ термину указа („отмѣна"), то, такъ какъ эти правила имъ *отмѣнены*, то они юридически-мертвы, и отмѣна указа ихъ оживить уже не можетъ; слѣдовательно, необходимо, чтобы они были вновь созданы новымъ закономъ [2]). Наконецъ, такое толкованіе силы указа въ корнѣ надламываетъ мощь конституціонныхъ учрежденій. Если указъ можетъ отмѣнить законъ, то всѣ акты творчества законодательныхъ учрежденій могли бы быть аннулируемы единоличными актами монарха, и тогда пала бы одна изъ кардинальныхъ нормъ нашего новаго права: „Законъ,

---

[1]) „Докладъ комиссіи по законопроекту (объ *отмѣнѣ дѣйствія* правилъ 3 апрѣля 1892 г.)"... № 100, 10 мая 1907, докладчикъ *д. Коницъ*.

[2]) *Hansel*, 59, противополагая чрезвычайный указъ закону, хотя и временному, указываетъ, что послѣдній „убиваетъ" норму, ему противорѣчащую. „Anders bei der Notverordnung, die ihrem innersten Wesen nach entgegenstehende Gesetze nur suspendirt, nicht aufhebt". Въ этомъ Hansel видитъ основаніе для того, чтобы не считать чрезвычайный указъ видомъ закона; къ указамъ онъ не можетъ быть, по мнѣнію Hansel'я, отнесенъ потому, что сфера дѣйствія чрезвычайнаго указа „принципіально-неограничена", чего нельзя сказать объ указахъ вообще. Что не указъ, а только законъ можетъ „убить" норму закона,—*Zolger*, 397.

гласитъ она, *не можетъ быть отмѣненъ* иначе, какъ силою закона. Почему, доколѣ *новымъ закономъ* положительно не отмѣненъ законъ существующій, онъ *сохраняетъ полную свою силу*".

Итакъ, сущность чрезвычайно-указнаго права заключается въ томъ, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ и на извѣстное время акты монарха имѣютъ силу противорѣчить закону и пріостанавливать его дѣйствіе, т. е. при этихъ условіяхъ *указъ имѣетъ силу закона.* Изъ существа законодательныхъ функцій парламента вытекаетъ, что въ нормальныхъ обстоятельствахъ акты его суть contra и praeter legem, и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ — intra и secundum legem; напротивъ, акты монарха въ нормальныхъ обстоятельствахъ суть intra и secundum legem, и только въ исключительныхъ случаяхъ они идутъ praeter и contra legem, т. е. то, что въ законодательной дѣятельности парламента является общимъ правиломъ, то въ правительственной дѣятельности монарха является изъятіемъ, и наоборотъ. Для правительственной дѣятельности монарха, для его указовъ, общимъ правиломъ является непротиворѣчіе ихъ закону; чрезвычайные указы, представляя собою изъятіе изъ этого правила, могутъ противорѣчить закону или дополнять его, т. е. получить на время силу закона: обладая силой противорѣчить закону, чрезвычайный указъ самъ не можетъ быть отмѣненъ или измѣненъ обыкновеннымъ указомъ, а только закономъ или чрезвычайнымъ указомъ [1]). Это не значитъ, однако, что на время, пока парламентъ отсутствуетъ, монархъ получаетъ законодательную власть: во 1-хъ, результаты его дѣятельности не имѣютъ погашающей силы закона; во 2-хъ, они не могутъ коснуться ни Осн. Законовъ, ни Учр. Гос. Совѣта или Гос. Думы, ни постановленій о выборахъ въ эти учрежденія; для дѣйствительнаго закона, какъ бы ни были требовательны условія его изданія (напр., соблюденіе ст. 8 Осн. Зак.), такихъ ограниченій нѣтъ.

---

[1]) Напр., чрезвычайный указъ 15 ноября 1906 г. измѣненъ въ томъ же чрезвычайно-указномъ порядкѣ Выс. утв. 12 сентября 1907 г. положеніемъ сов. мин. объ измѣненіи ст. 5, 6 и 9 Выс. утв. 15 ноября 1906 г. объ обезпеченіи нормальнаго отдыха служащихъ въ торговыхъ заведеніяхъ, складахъ и конторахъ (Собр. Узак., 1906, ст. 1894; 1907, ст. 1150).—Въ этомъ смыслѣ—*Zolger*, 394: по его мнѣнію, чрезвычайный указъ отмѣнимъ также особо для даннаго случая *делегированнымъ указомъ* (durch eine ad hoc delegierte Verordnung). Это зависитъ однако отъ характера даннаго національнаго права. Въ практикѣ Гос. Думы были случаи полномочій, делегированныхъ отдѣльнымъ министрамъ.

Если къ первымъ фазамъ историческаго развитія чрезвычайно-указнаго права можно примѣнить знаменитую формулу Юстиніановыхъ Дигестъ и допустить, что, при извѣстныхъ условіяхъ, quod principi placuit legis habet vigorem,—то для дальнѣйшихъ фазъ его развитія эта формула непримѣнима, такъ какъ она преображается въ основаніи своемъ отъ прибавленія къ ней словъ: temporalem, quoad parlamentum absit. Разъ парламентъ собранъ, онъ можетъ немедленно вступить въ свои законодательныя права и дерогировать всѣ временные результаты оживленія монархической прерогативы или, вообще, неправильнаго использованія конституціонныхъ полномочій. Анализъ существенныхъ особенностей и важнѣйшихъ моментовъ въ теоріи и практикѣ нашего чрезвычайно-указнаго права составитъ предметъ дальнѣйшаго изложенія.

II. Восемьдесятъ седьмая статья.

А. Условія изданія чрезвычайнаго указа.

а) Матеріальныя условія.

Ст. 87 Осн. Зак. логически расчленяется на двѣ части. Первая устанавливаетъ условія изданія чрезвычайнаго указа, вторая—условія прекращенія его дѣйствія. Разсмотримъ условія возникновенія права, нормируемаго ст. 87, сперва матеріальныя, затѣмъ формальныя.

„Во время прекращенія занятій Государственной Думы", гласитъ первая часть ст. 87, „если чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ, Совѣтъ Министровъ представляетъ о ней Государю Императору непосредственно. Мѣра эта не можетъ однако вносить измѣненій ни въ Основные Государственные Законы, ни въ Учрежденія Государственнаго Совѣта или Государственной Думы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или Думу".

Такимъ образомъ, законъ устанавливаетъ четыре матеріальныхъ условія для изданія чрезвычайнаго указа: во 1-хъ, чрезвычайныя обстоятельства; во 2-хъ, прекращеніе занятій Гос. Думы; въ 3-хъ, необходимость въ мѣрѣ; въ 4-хъ, неприкосновенность Основныхъ Законовъ, учрежденій Гос. Совѣта и Гос. Думы и законовъ о выборахъ въ эти учрежденія.

1. Чрезвычайныя обстоятельства.

Что слѣдуетъ разумѣть подъ чрезвычайными обстоятельствами? Обычно указываютъ на крайнюю общность этого термина и на возможность для правительства, благодаря этому, раздвигать предѣлы предоставленныхъ ему полномочій. Признавая справедливость этого указанія, необходимо однако имѣть въ виду, что общность этого термина, не тождественная вовсе съ его неопредѣленностью, есть не болѣе, какъ отраженіе дискреціоннаго характера полномочій правительства, очутившагося предъ обстоятельствами, съ которыми безсиленъ бороться законъ дѣйствующій, а законъ новый созданъ быть не можетъ, такъ какъ Государственная Дума не въ сборѣ. Признавая самое право правительства внѣзаконными средствами реагировать на эти обстоятельства, необходимо признать и послѣдствія этого права, ибо можно a priori утверждать, что всѣ попытки болѣе точно и опредѣленно характеризовать эти обстоятельства останутся безуспѣшными, ибо всякое иное опредѣленіе будетъ неполно и произвольно. Въ самомъ дѣлѣ, съ одной стороны, всякое подробное *перечисленіе* тѣхъ обстоятельствъ, которыя подходятъ подъ понятіе чрезвычайныхъ, будетъ носить характеръ безсистемнаго описанія или безконечнаго перечня, безсильнаго обнять дѣйствительно всѣ случаи, когда допустимо обращеніе къ ст. 87. Съ другой—всякое *опредѣленіе*, болѣе тѣсное и опредѣленное, чѣмъ терминъ „чрезвычайныя обстоятельства“, будетъ охватывать только ограниченную группу этихъ обстоятельствъ, и постольку будетъ имѣть значеніе частности, иногда весьма важной, рѣдко многообъемлющей и всегда произвольной.

Опытъ нѣкоторыхъ конституцій обосновываетъ эти соображенія. Такъ, Прусская конституція допускаетъ изданіе чрезвычайнаго указа „только въ томъ случаѣ, если этого настоятельно требуетъ охраненіе общественной безопасности или устраненіе чрезвычайнаго бѣдствія“ (ст. 63), или Болгарская — „если бы государству угрожала опасность внѣшняя или внутренняя“ (ст. 47) [1]).

[1]) Аналогичное требованіе въ конституціи Вюртемберга 25 сентября 1819 г. §§ 88—99: „Король имѣетъ право безъ соучастія сословныхъ чиновъ издавать указы и распоряженія, нужные для исполненія и приведенія въ дѣйствіе законовъ, а въ крайнихъ случаяхъ—принимать мѣры, *необходимыя для безопасности государства*“. F. Fleiner. Staatsrechtliche Gesetze Wür-

Очевидно однако, что безопасность внѣшняя или внутренняя не есть единственная область общественныхъ благъ, для охраны которыхъ у правительства можетъ не оказаться законныхъ средствъ. Правительство, во время прекращенія занятій палатъ, можетъ очутиться передъ опасностью, угрожающей такимъ благамъ, ущербъ въ которыхъ не угрожаетъ въ прямомъ смыслѣ общественной безопасности и не совпадаетъ съ понятіемъ чрезвычайнаго бѣдствія; тѣмъ не менѣе блага эти по своей важности не допускаютъ промедленія въ ихъ защитѣ.

Такова необходимость въ особыхъ, непредусмотрѣнныхъ закономъ мѣрахъ для огражденія *финансовыхъ* интересовъ государства, причемъ можетъ идти рѣчь о предупрежденіи не только положительнаго вреда, но и ускользающей выгоды, если они достаточно выяснены во всей своей государственной важности; напр., предупрежденіе широкой спекуляціи въ ущербъ казнѣ, послѣ внесенія законопроектовъ о повышеніи таможеннаго тарифа или о пониженіи налога. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, не объятыхъ условіями ст. 63 Прусской и ст. 47 Болгарской конституцій, а также въ виду того, что въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа право

---

tembergs, Tübingen, 1907, S. 53. То же въ конституціи Гессена 20 декабря 1820 г., ст. 73: „Der Grossherzog ist befugt, ohne Ständische Mitwirkung, die zur Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen, sowie die aus dem Aufsichts-und Verwaltungsrecht ausfliessenden Verordnungen und Anstalten zu treffen, und *in dringenden Fällen das Nötige zur Sicherheit des Staats vorzukehren*". Отмѣтимъ здѣсь, какъ весьма любопытную особенность партикулярнаго законодательства, существенное дополненіе къ ст. 73, созданное конституціоннымъ закономъ 29 іюля 1862 г.: „Если на основаніи заключительной части ст. 73 конституціоннаго акта... будетъ изданъ указъ, который по природѣ своей затрагиваетъ область законодательства, и *по истеченіи года окажется, что его необходимо сохранить на бо́льшій срокъ или навсегда*, то онъ долженъ быть предложенъ для одобренія засѣдающимъ въ то время сословнымъ чинамъ, а если ихъ нѣтъ налицо, то ближайшему ихъ собранію. Если одобреніе послѣдуетъ, то указъ остается въ силѣ впредь до отмѣны или измѣненія его законодательнымъ путемъ; если же упомянутое предложеніе будетъ отклонено обѣими палатами или одною изъ нихъ, то указъ долженъ тотчасъ утратить свою силу". *K. Binding*'s Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke, Heft VIII, 2: Hessen, Leipzig, 1906, S.s. 20, 168—169.—Близка къ прусской ст. 63—ст. 36 Турецкой конституціи 1876 г., нынѣ, съ поправками, вновь дѣйствующей: она допускаетъ чрезвычайные указы въ случаѣ „необходимости охранить государство отъ опасности или отъ угрозы общественной безопасности". — *Paul Posener*, Die Staatsverfassungen des Erdballs. Unter Mitwirkung von Gelehrten und Staatsmännern, Charlottenburg, 1909, S. 895.

оцѣнки предоставлено усмотрѣнію правительства, — оно конечно прибѣгнетъ къ широкому толкованію этихъ статей и приметъ мѣры, диктуемыя наступившими или угрожающими наступить исключительными обстоятельствами; но это приведетъ къ тому, что на дѣлѣ право, предоставленное правительству этими статьями, будетъ нормироваться не буквой этихъ статей, затрагивающей лишь одну частность полномочія, а дѣйствительнымъ *смысломъ* чрезвычайно-указнаго права, который и передается терминомъ „чрезвычайныя обстоятельства“. Въ этомъ отношеніи буква ст. 87, съ точки зрѣнія юридической техники, выше казуистичной редакціи §§ другихъ конституцій, поскольку точно выражаетъ природу дискреціонныхъ полномочій правительства въ обстоятельствахъ, какъ угрожающихъ общественной безопасности, такъ и настойчиво требующихъ охраненія общественнаго блага (Abwehr-und Nützlichkeits-System).

Такимъ образомъ, по самому существу чрезвычайно-указной дѣятельности, законъ не можетъ болѣе точно опредѣлить тѣ обстоятельства, которыя названы въ ст. 87 чрезвычайными. Постольку вопросъ о *характерѣ* данныхъ обстоятельствъ разрѣшается въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа самимъ правительствомъ, оцѣнка котораго въ этотъ моментъ такъ же субъективна, какъ и безконтрольна. Въ странахъ, гдѣ у правительства нѣтъ *права* изданія чрезвычайныхъ указовъ, тамъ контроль за законом'ѣрностью ихъ изданія—еще до созыва парламента — осуществляютъ суды; слѣдовательно, они же рѣшаютъ вопросъ о томъ, имѣлись ли налицо тѣ чрезвычайныя обстоятельства, аналогичныя крайней необходимости, которыя оправдываютъ изданіе чрезвычайнаго указа [1]). Но какъ контроль парламента въ странахъ, допускающихъ *право* изданія чрезвычайнаго указа, такъ и контроль судебныхъ учрежденій въ странахъ, этого права не признающихъ,—осуществляется уже *послѣ изданія* чрезвычайнаго указа. Въ моментъ же изданія указа правительство руководится своей собственной, субъективной и безконтрольной оцѣнкой обстоятельствъ, и въ этотъ моментъ *нѣтъ власти*, которая могла бы оспорить эту оцѣнку и помѣшать правительству издать чрезвычайный указъ [2]). Даже тамъ, гдѣ суды

[1]) *H. Gmelin*, 102, 118—125.

[2]) Лишь въ случаѣ явнаго отсутствія чрезвычайныхъ обстоятельствъ или другихъ необходимыхъ условій примѣненія ст. 87, Сенатъ можетъ воспользоваться ст. 92-й Осн. Зак. и не обнародовать чрезвычайнаго указа. Но, подобно сенатамъ первой и второй Имперіи во Франціи, Сенатъ ни

могутъ лишить силы чрезвычайный указъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что не всякій чрезвычайный указъ доходитъ до суда и что судебное рѣшеніе можетъ придти слишкомъ поздно.

Но если оцѣнка обстоятельствъ, допускающихъ изданіе чрезвычайнаго указа, является субъективной и безконтрольной, если самъ терминъ „чрезвычайныя обстоятельства“ отличается крайней общностью, то значитъ ли это, что онъ страдаетъ неопредѣленностью, что постольку въ немъ самомъ заложенъ источникъ злоупотребленій правительства правомъ изданія чрезвычайныхъ указовъ?

Чтобы отвѣтить на эти вопросы, обратимся къ анализу термина „чрезвычайныя обстоятельства“. Какія это обстоятельства? Чрезвычайныя обстоятельства суть прежде всего обстоятельства *крайне своеобразныя*, т. е. такія, которыя, благодаря своимъ исключительнымъ особенностямъ, рѣзко выдѣляются среди другихъ моментовъ государственной жизни. Не трудно однако видѣть, что въ извѣстномъ смыслѣ каждый моментъ государственной жизни является настолько отличнымъ отъ всякаго другого, настолько требуетъ исключительнаго вниманія ко всѣмъ своимъ особенностямъ, что не только субъективно рисуется органамъ управленія своеобразнымъ и особеннымъ, но и долженъ быть воспринятъ, какъ таковой, для того, чтобы могла быть понята и правильно разрѣшена его индивидуальная природа. Но съ другой стороны, та же природа полномочій органовъ исполнительной власти настойчиво требуетъ, чтобы во всякихъ обстоятельствахъ и не взирая на ихъ своеобразіе, органы управленія оставались органами подзаконными, чтобы всѣмъ этимъ обстоятельствамъ отвѣчали мѣры, не выходящія за предѣлы *указаній закона*. Постольку одно своеобразіе обстоятельствъ является необходимымъ, но недостаточнымъ основаніемъ для изданія чрезвычайнаго указа. И дѣйствительно, въ понятіи „чрезвычайнаго“ есть нѣчто бо́льшее, чѣмъ простое своеобразіе обстоятельствъ, до какой бы степени оно ни доходило.

Усиливъ понятіе „своеобразія“ мы получимъ понятіе „*необычнаго*“: своеобразіе есть не болѣе, какъ простое отличіе даннаго момента отъ другихъ; необычность есть количественное и качественное *преобладаніе* элементовъ отличія надъ элементами сход-

---

разу не использовалъ своего полномочія, что дѣлаетъ подобную гарантію въ значительной мѣрѣ призрачной.

ства. Необычно то, что представляетъ собой отклоненіе отъ *нормальнаго теченія государственной жизни*, отклоненіе настолько глубокое, что элементы этого отклоненія рѣшительно преобладаютъ надъ чертами сходства даннаго момента съ ему предшествовавшими. Такъ какъ необычность предполагаетъ нѣкоторую нормально-существующую среду, съ опредѣленными, именно ей присущими явленіями, такъ какъ необычность въ этомъ смыслѣ есть понятіе строго-относительное, т. е. примѣнимо лишь къ индивидуально-опредѣленному общественному организму,—то и масштабъ необычности долженъ быть *индивидуальнымъ*, т. е. обстоятельства должны быть *необычны для даннаго государства*. Если, слѣдовательно, въ данной странѣ непрерывно происходятъ явленія, ставшія для него нормальными, но признаваемыя ненормальными вообще, т. е. въ жизни другихъ государствъ, то связанныя съ этими явленіями обстоятельства не могутъ быть признаны необычными. Явленія, по существу своему ненормальныя (т. е. для другихъ государствъ), должны въ своемъ развитіи дойти до размѣровъ, необычныхъ для даннаго государства, чтобы обстоятельства, порожденныя этими явленіями, могли почитаться чрезвычайными. Напр., та національная борьба, которая въ Австріи обычна и съ которой такъ глубоко считается даже законъ, если бы она вдругъ вспыхнула въ Норвегіи, она создала бы тамъ чрезвычайныя обстоятельства; но въ Австріи процессъ національной борьбы долженъ дойти до крайней степени обостренности, чтобы можно было говорить о ней, какъ объ обстоятельствѣ чрезвычайномъ [1]).

Далѣе, въ понятіи чрезвычайныхъ обстоятельствъ, есть кромѣ крайней необычности, еще одинъ элементъ, который раскрывается изъ слѣдующихъ соображеній. Простая противоположность „*обычному*“ заключается въ понятіи „*необычнаго*“, терминъ же чрезвычайнаго содержитъ нѣчто большее чѣмъ одна только необычность обстоятельствъ: чрезвычайныя обстоятельства должны быть *сверхъ-*

[1]) Эти обстоятельства имѣлись налицо въ Австріи, во время обструкціонной эры 1897—1899 г.г., вызванной распоряженіями Бадени о равноправности языковъ (1897 г.) въ пользу чеховъ. Компромиссныя „распоряженія“ Гауча (1898 г.) только обострили національную борьбу, и въ теченіе этого періода правительство неоднократно прибѣгало къ § 14, проводя въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ временный бюджетъ и возобновляя на годъ соглашеніе съ Венгріей (съ 1867 года это соглашеніе возобновлялось каждыя 10 лѣтъ). *Ш. Сеньобосъ*, Политическая исторія современной Европы, Спб. 1899 г., 391, 393—397.

обычны, т. е. въ нихъ должны быть элементы нѣкоторой приподнятой, *исключительной государственной важности*, какъ голодъ, война, возстаніе, стихійное бѣдствіе, промышленный кризисъ, прекращеніе династіи и т. п. [1]). Слѣдовательно, обстоятельства должны быть не только крайне необычны, но и должны имѣть для государства исключительно-важное значеніе; наличность такихъ обстоятельствъ, которыя хотя и имѣютъ серьезное государственное значеніе, но это значеніе не имѣетъ чертъ исключительной важности—такія обстоятельства не могутъ почитаться чрезвычайными.

Третій элементъ „чрезвычайнаго“ предполагается само собою. Это—*временный* его характеръ: чрезвычайныя обстоятельства по существу своему являются противоположностью постоянному и неизмѣнно-существующему порядку; превратившись въ явленіе хроническое и затяжное, чрезвычайныя обстоятельства немедленно утрачиваютъ характеръ крайней необычности, который имъ присущъ [2]).

---

[1]) Трудно съ этой точки зрѣнія представить себѣ ту исключительную государственную важность, которая могла бы оправдать изданіе такихъ чрезвычайныхъ указовъ, какъ Высоч. утв. 6 ноября 1906 г. положеніе совѣта министровъ объ утвержденіи проектовъ: устава Харьковскаго художественнаго училища, устава и штата Кіевскаго художественнаго училища и устава Рижской городской художественной школы (Собр. Узак., 208) или Высоч. утв. 11 августа 1907 г. положеніе совѣта министровъ о передачѣ въ вѣдѣніе Варшавскаго городского магистрата благотворительныхъ заведеній, подвѣдомственныхъ Варшавскому городскому совѣту общественнаго призрѣнія (Собр. Узак., 1235) или Выс. утв. 19 августа 1907 г. положеніе совѣта министровъ объ ассигнованіи средствъ на покупку участка земли для консульства въ Керманшахѣ и для пріобрѣтенія въ собственность казны зданій, занимаемыхъ консульствомъ въ Исфагани. (Собр. Узак., 1229) и т. д. и т. д.

[2]) Членъ Гос. Совѣта *Манухинъ*: „...Соображенія комиссіи... касаются... мѣръ, примѣняемыхъ въ обстоятельствахъ чрезвычайныхъ, т. е. обстоятельствахъ, которыя *по самому существу своему временны и преходящи*“... Стен. Отч. Гос. Совѣта, 1907—1908 г.г., сесс. III, зас. 6, стр. 107.—Въ соотвѣтствіи съ временнымъ характеромъ чрезвычайныхъ указовъ должно было бы стоять ихъ возможно скорѣйшее разсмотрѣніе Гос. Думой, разъ она собрана. Это требованіе не могло быть однако, благодаря двумъ первымъ роспускамъ, выполнено. Въ результатѣ приходилось принимать законопроекты, относящіеся къ прошлому, т. е. заднимъ числомъ одобрить то, что еще можно было своевременно пріостановить или исправить. Докладчикъ финансовой комиссіи *д. Корякинъ* (о налогѣ на богарныя и необрабатываемыя земли въ Туркестанѣ, засѣд. 11 декабря 1907 г.): „Что же касается разсматриваемаго законопроекта о сохраненіи прежнихъ окладовъ 1907 г., то представлялось бы возможнымъ согласиться съ заключеніемъ министра

Таковы тѣ выводы, которые позволяетъ сдѣлать раскрытый въ основныхъ своихъ элементахъ терминъ „чрезвычайныя обстоятельства“. Юристъ останавливается предъ крайней общностью этого термина, представляющаго редакціонный шедевръ для моментовъ единомыслія парламента съ правительствомъ, и поводъ (но не источникъ или причину) злоупотребленій тамъ и тогда, гдѣ и когда это единомысліе нарушается. Самое внимательное разсмотрѣніе природы обстоятельствъ, почитаемыхъ чрезвычайными, даетъ только то, что они должны быть *временными, крайненеобычными и исключительно-важными для даннаго государства.* Но оцѣнка обстоятельствъ—политическихъ, экономическихъ, религіозныхъ, культурныхъ, бытовыхъ и т. д.—всякая такая оцѣнка обстоятельствъ съ точки зрѣнія ихъ важности, срочности и необычности есть все же дѣло крайне субъективное, и постольку юристъ осужденъ создавать схемы, въ которыя жизнь вкладываетъ часто два прямо-противоположныхъ содержанія, въ зависимости отъ того, какова та общая конструкція, которая соотвѣтствуетъ

финансовъ, такъ какъ *текущій годъ уже на исходѣ, и налоги по всей вѣроятности уже поступили въ казну.*—А въ результатѣ законодательный курьезъ: „Продолжить *по 1 января 1908 г.* министру финансовъ полномочіе, предоставленное ему“ и т. д., а принято это постановленіе Гос. Думой *12 января 1908 г.* и потомъ еще должно было направиться на одобреніе Гос. Совѣта и утвержденіе Государя! (Стен. Отч. Гос. Думы, III созыва, засѣд. 15, 11 декабря 1907 г. и засѣд. 19, 12 января 1908 г., стр. 905 и 1145). Между тѣмъ, интересуясь *возможной быстротой* Думской работы, можно наблюдать факты, свидѣтельствующіе о большой потенціальной энергіи нашего законодательнаго аппарата. 10 декабря 1907 г. мин. вн. дѣлъ внесло законопроектъ объ отпускѣ средствъ, потребныхъ для оказанія помощи населенію, пострадавшему отъ неурожая 1907 г., въ размѣрѣ 15 мил. Законопроектъ этотъ 11 декабря былъ переданъ Гос. Думой на заключеніе продовольственной и бюджетной комиссій. Въ засѣданіи своемъ 15 декабря Гос. Дума выслушала докладчика соединеннаго совѣщанія обѣихъ комиссій, и въ тотъ же день приняла законопроектъ во всѣхъ трехъ чтеніяхъ, съ перерывомъ въ 1 часъ между первымъ и вторымъ чтеніями. Пройдя черезъ Гос. Совѣтъ, законопроектъ получилъ санкцію монарха 21 декабря 1907 г., т. е. въ 10 дней сталъ закономъ. (Стен. Отч. 1907 г., стр. 1012, 1048—50, 1052, 1095). Съ такой же быстротой удовлетворила Гос. Дума требованіе министерства о дополнительномъ ассигнованіи въ размѣрѣ около $8^1/_2$ мил. на ту же потребность, принявъ законопроектъ въ одинъ день во всѣхъ трехъ чтеніяхъ. (Стен. Отч., 1908 г., засѣд. 30, 19 февраля, стр. 2022—2074).—Съ огромной быстротой былъ также проведенъ черезъ обѣ палаты законъ 17 іюня 1910 г. о порядкѣ изданія касающихся Финляндіи законовъ и постановленій общегосударственнаго значенія.

конституціоннымъ учрежденіямъ даннаго государства, и въ частности—кому предоставлено *неограниченное право провѣрять оцѣнку* обстоятельствъ, сдѣланную министерствомъ,—монарху или парламенту.

Разсматривая изучаемый терминъ съ политической стороны, мы видимъ, что не только вся ст. 87, но и одинъ изъ ея элементовъ, терминъ „чрезвычайныя обстоятельства", представляетъ собою фрагментъ, концентрирующій въ себѣ тѣ элементы борьбы и противоположности, которыя проходятъ черезъ всю и всякую дуалистическую систему, на первыхъ порахъ ея существованія и въ періоды конфликтовъ между парламентомъ и правительствомъ: отъ соотношенія этихъ элементовъ зависитъ и отвѣтъ на вопросъ, чье субъективное усмотрѣніе фактически сообщаетъ обстоятельствамъ печать *легально-значущей* чрезвычайности: зависитъ ли это исключительно отъ монарха или только отъ парламента.

Съ юридической точки зрѣнія этотъ вопросъ уже нами разсмотрѣнъ: независимо отъ политической природы даннаго государственнаго строя, представляетъ ли онъ собою парламентаризмъ или дуализмъ, оцѣнка обстоятельствъ съ точки зрѣнія ихъ чрезвычайности—въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа принадлежитъ министерству, подъ контролемъ одного монарха. Юридически это положеніе имѣетъ силу не только для странъ, допускающихъ *право* изданія чразвычайныхъ указовъ, но и не признающихъ этого права. Но политически это далеко не такъ. Въ парламентарныхъ странахъ правительство, рѣшающее вопросъ объ изданіи чрезвычайнаго указа, во всякомъ случаѣ стоитъ передъ угрожающей ему отвѣтственностью за незакономѣрное и нецѣлесообразное изданіе чрезвычайнаго указа (т. е. и за фиктивность чрезвычайныхъ обстоятельствъ и за злоупотребленіе ихъ наличностью), и постольку уже въ самый моментъ изданія чрезвычайнаго указа дѣйствуетъ подъ фактическимъ контролемъ палаты. Слѣдовательно, представляетъ ли собою кабинетъ пассивную тѣнь палаты или активную ея миніатюру, онъ рѣшаетъ вопросъ о наличности чрезвычайныхъ обстоятельствъ подъ дѣйствительнымъ, хотя и незримымъ контролемъ палаты, уже въ самый моментъ изданія чрезвычайнаго указа [1]). Напротивъ, въ странахъ, гдѣ право изданія

[1]) Примѣромъ парламентарнаго режима, допускающаго право изданія чрезвычайныхъ указовъ, является Турція (ст. 36), а также Данія (ст. 25), въ которой все болѣе упрочиваются начала парламентарнаго правленія, особенно рельефно выразившіяся въ вотумѣ фолькетинга въ іюлѣ 1909 г.,

чрезвычайныхъ указовъ разсматривается, какъ *безконтрольное* полномочіе монарха, не подлежащее повѣркѣ ни судовъ ни парламента, тамъ вліяніе парламента не имѣетъ мѣста не только въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа, но и послѣ того, и вопросъ о томъ или иномъ характерѣ обстоятельствъ рѣшатся единоличнымъ усмотрѣніемъ монарха: такъ, знаменитая ст. 14 хартіи 1814 г., дѣйствовавшая во время реставраціи Бурбоновъ (1814—1830 г.), предоставляла королю неограниченное право издавать „регламенты и ордонансы, *необходимые для безопасности государства*", при чемъ ни о какомъ контролѣ парламента не было рѣчи.

Таковы два полюса догмы и практики изданія чрезвычайныхъ указовъ, два полярныхъ типа изучаемаго права. Въ современныхъ конституціяхъ, признающихъ право изданія чрезвычайныхъ указовъ, эти два чистыхъ типа, парламентарный и абсолютистскій, входятъ, въ различныхъ отношеніяхъ, въ дѣйствующее право и спорятъ за преобладаніе въ политической дѣйствительности. Такъ, въ нашей ст. 87, субъективная оцѣнка правительства, имѣющая рѣшающее значеніе въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа, находитъ себѣ нѣкоторую сдержку въ послѣдующемъ контролѣ Гос. Думы, въ ея правѣ отмѣнить чрезвычайный указъ, если она не желаетъ сообщить ему силу закона. Такимъ образомъ, сообщеніе обстоятельствамъ штампа чрезвычайности предоставлено и монарху и палатѣ, но въ различные моменты: первый рѣшаетъ, *имѣются* ли въ виду чрезвычайныя обстоятельства, вторая контролируетъ, *имѣлись* ли они въ виду.

Преобладаніе короны и антагонизмъ ея съ парламентомъ, который обычно характеризуетъ первые шаги дуалистическаго режима, являются моментами абсолютистскаго характера чрезвычайно-указной дѣятельности; въ такіе моменты дѣятельность эта носитъ характеръ мощнаго корректива ограниченной монархіи, и парламентскій контроль низводится на степень оффиціальной отмѣтки о наличности разногласія между короной и парламентомъ [1]).

когда министерство Неергарда, получившее отказъ въ кредитахъ на осуществленіе программы защиты Копенгагена, вышло послѣ этого вотума въ отставку; ср. *Еллинекъ*, 352.

[1]) Характерно отмѣтить, что послѣ того, какъ Гос. Дума II созыва въ засѣданіи 21 мая 1907 г. отклонила представленіе министерства объ оставленіи въ силѣ законопроекта, соотвѣтствующаго Высоч. утв. полож. совѣта мин. 6 ноября 1906 г. (Собр. Узак., 1925), послѣ этого и не взирая на то, правительство въ томъ же чрезвычайно-указномъ порядкѣ *повторило* изданіе этой мѣры (Выс. утв. 12 сентября 1907 г. полож. сов. мин. о допол-

Напротивъ, ростъ легальной и фактической компетенціи парламента, а также торжество чисто-конституціонныхъ началъ въ законодательствѣ и управленіи являются факторами, которые стремятся измѣнить первоначальную, исторически-абсолютистскую природу принципа чрезвычайно-указной дѣятельности и изъ корректива ограниченной монархіи превратить его въ мощный коррективъ представительной системы, гдѣ контроль парламента надъ актами правительственной власти имѣетъ огромное значеніе для характера и направленія чрезвычайно-указной дѣятельности и гдѣ парламентъ не только контролируетъ правительство послѣ изданія чрезвычайнаго указа, но и незримо вліяетъ на него въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа,—т. е. и при рѣшеніи вопроса, являются ли данныя обстоятельства чрезвычайными.

Такимъ образомъ самый важный пунктъ въ вопросѣ о томъ, какія обстоятельства являются чрезвычайными, а именно—кто можетъ признавать ихъ таковыми — этотъ вопросъ съ достаточной полнотою и ясностью рѣшается не столько буквой закона, сколько характеромъ режима: по мѣрѣ того, какъ дуалистическій режимъ эволюціонируетъ къ парламентарному, *неограниченное* право монарха признавать обстоятельства чрезвычайными теряетъ подъ собой почву, и конституціонный обычай оспариваетъ у него право

ненiи устава воинской повинности правилами объ исполненiи воинской повинности привлеченными къ дознанiю по государственнымъ преступленiямъ и подвергнутыми гласному полицейскому надзору, въ порядкѣ положенiя объ охранѣ (Собр. Узак., 1288). *Д. Аджемовъ* (засѣд. 12 ноября 1908 г.): „... Мы кромѣ того полагаемъ, что если по ст. 87 введена была эта мѣра, а потомъ она была отвергнута, тѣмъ самымъ въ свое время были совершенно уничтожены народнымъ сознаніемъ и ея срочность и ея значеніе. И вторично создавать это, значитъ идти по законодательному пути помимо народнаго представительства, и вы этого одобрить ни въ какомъ случаѣ не имѣете права". (Стен. Отч. Гос. Думы, III соз., II сес., стр. 1083). — Гос. Дума *приняла* законопроектъ 12 ноября 1908 г. (стр. 1105—06). На неизбѣжныя злоупотребленія правомъ ст. 87 указывалъ, задолго до ихъ практики, *В. М. Гессенъ*: „Дума не принимаетъ какой-либо мѣры, предложенной министромъ. Она распускается, и мѣра осуществляется въ порядкѣ управленія, безъ одобренія Думы. Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что въ такомъ же „внѣзаконодательномъ" порядкѣ могутъ быть осуществляемы финансовыя мѣры,—и въ частности устанавливаемъ бюджетъ, не принятый Гос. Думой". Пока у правительства будетъ право прибѣгать къ чрезвычайно-указному порядку, до тѣхъ поръ, „неизбѣжно чередованіе періодовъ парламентскаго управленія съ періодами самодержавнаго режима". *В. М. Гессенъ*, На рубежѣ. Сборникъ статей, Спб., 1906, стр. 251.

признавать обстоятельства чрезвычайными завѣдомо вопреки взгляду парламента на эти обстоятельства, т.-е. во время прекращенія занятій парламента правительство должно дѣйствовать не вмѣсто него, а за него, не вытѣснять его волю своею, а дѣлать за него то, что онъ самъ сдѣлалъ бы, еслибы былъ въ сборѣ, — и если завѣдомо извѣстно, что парламентъ наличныхъ обстоятельствъ не призналъ бы чрезвычайными, то и правительство ихъ таковыми объявить не можетъ.

2. Прекращеніе занятій Гос. Думы.

Второе условіе примѣненія ст. 87 выражено словами: „во время прекращеній занятій Гос. Думы".

I. Что разумѣется подъ „прекращеніемъ занятій"? Есть ли это прекращеніе сессіи или также и перерывъ сессіи; технически говоря—есть ли это закрытіе сессіи или также и пріостановка ея, напр., во время Рождества и Пасхи. Выяснимъ прежде всего понятіе сессіи по нашему праву. Для обще-конституціоннаго понятія сессіи характерно то, что она представляетъ собою нѣчто единое, цѣлостное и нераздѣльное по своей юридической природѣ. Изъ принципа цѣлостнаго единства сессіи,—принципа, который возводится *Еллинекомъ* [1]) на степень нормы „естественнаго конституціоннаго права", дѣйствующаго даже тамъ, гдѣ законъ о немъ молчитъ,—изъ этого принципа tacito consensu дѣлаются два важныхъ вывода. Во 1-хъ, труды, не законченные въ теченіе сессіи, считаются *прекратившимися*, т. е. въ слѣдующую сессію они не

[1]) *Г. Еллинекъ*. Право современнаго государства. Спб. 1903. Стр. 227. „Интереснымъ примѣромъ служитъ тотъ принципъ, въ силу котораго, въ случаѣ закрытія парламента, новая сессія не считается продолженіемъ предыдущей. Во многихъ конституціяхъ этотъ принципъ вовсе не высказанъ прямо—напр., въ конституціи Германской имперіи и Прусской—но несмотря на то, считается само собой разумѣющимся... *Stahl* мотивируетъ это умолчаніе способомъ, совершенно аналогичнымъ естественно-правовому методу, а именно тѣмъ, что оно основано „на общемъ европейскомъ правосознаніи и европейскомъ обыкновеніи, что съ закрытіемъ парламента всѣ его труды, не вполнѣ законченные, совершенно прекращаются". Австрійская конституція знаетъ собственно только институтъ отсрочки засѣданій рейхсрата и распущенія палаты депутатовъ, но тѣмъ не менѣе австрійская практика ничѣмъ не отличается отъ практики государствъ, прямо формулировавшихъ институтъ закрытія законодательнаго собранія; равнымъ образомъ въ нѣкоторыхъ австрійскихъ законахъ упоминается или предполагается закрытіе съ его обычными послѣдствіями".

продолжаются, а возобновляются, начинаются сызнова, какъ еслибы никогда не были начаты ранѣе. Во 2-хъ, законопроекты, не принятые парламентомъ, могутъ быть снова внесены на его обсужденіе только въ слѣдующую сессію, а не въ ту же, когда были отвергнуты. Наши Основные Законы не только знаютъ самый терминъ „сессіи", но и принимаютъ одно изъ важнѣйшихъ послѣдствій его юридической природы (ст. 112 Осн. Зак.); даже болѣе, не только постановленія закона, но и термины его какъ бы разсчитаны на указанное понятіе сессіи: это объясняется тѣмъ, что положенія Осн. Законовъ, основанныя на западно-европейской догмѣ и практикѣ, самой логикой учрежденій принуждены были впитать въ себя, если не прямо, то косвенно, тѣ нормы и обычаи, которые созданы развитіемъ конституціонныхъ учрежденій на Западѣ. Принципъ раздѣльности сессій выраженъ въ Основныхъ Законахъ не въ его общей формулировкѣ, чего нѣтъ и въ западно-европейскихъ конституціяхъ, а въ томъ его рѣшающей важности послѣдствіи, которое указано было выше (ст. 112) [1]).

Разсмотримъ внимательнѣе положенія нашихъ Основныхъ Законовъ, касающіяся главныхъ элементовъ самаго понятія сессіи. Существенно-важное значеніе здѣсь имѣютъ ст.ст. 98 и 99 Осн. Зак., въ силу коихъ „Госуд. Совѣтъ и Гос. Дума ежегодно созываются указами Государя Императора" (ст. 98), при чемъ „Продолжительность ежегодныхъ занятій Гос. Сов. и Гос. Думы и сроки перерыва ихъ занятій въ теченіе года опредѣляются указами Государя Императора" (ст. 99). Такимъ образомъ, ст. 99 содержитъ въ себѣ двѣ части, изъ коихъ первая говоритъ о продолжительности ежегодныхъ занятій", а вторая—о „срокахъ ихъ перерыва *въ теченіе года*". Сопоставляя съ этимъ норму ст. 98-й, въ силу коей „Гос. Дума ежегодно созывается указами Государя", мы видимъ, что ст. 98 обозначаетъ не что иное, какъ юридическое начало сессіи, а первая часть ст. 99—ея юридическій конецъ: указъ Государя, въ терминахъ стараго англійскаго права, является такимъ образомъ initium (ст. 98) et finis (ст. 99) parlamenti. Но если

[1]) Изъятіе установлено для законопроектовъ, предначертанныхъ по почину Гос. Сов. или Гос. Думы, кои „могутъ быть внесены на законодательное разсмотрѣніе въ теченіе той же сессіи, если послѣдуетъ Высочайшее на то повелѣніе" (ст. 53 учр. Гос. Думы, по изд. 1908 г.: Ст. 112 Осн. Зак.).— Что касается второго слѣдствія принципа раздѣльности сессій, то, несмотря на отсутствіе правовой санкціи, онъ фактически до сихъ поръ у насъ почти не нарушался. Объ этомъ ниже.

это такъ, если законъ, говоря о правѣ Государя „опредѣлять продолжительность ежегодныхъ занятій“ Гос. Думы, устанавливаетъ въ этихъ выраженіяхъ право его *ежегодно закрывать сессію*, будь то въ концѣ парламентскаго года или до его истеченія,—то терминъ „ежегодныя занятія“ есть не болѣе, какъ переводъ понятія „сессіи“ [1]), которое вообще лишь однажды употреблено въ Основныхъ Законахъ (ст. 112).

Къ тому же выводу мы придемъ на основаніи другихъ источниковъ нашего права. Выше было замѣчено, что у насъ, какъ и на Западѣ, нѣтъ законодательнаго опредѣленія „сессіи“; между тѣмъ законъ опирается на это понятіе, какъ на данное, и говоритъ, напр., что „для лишенія свободы члена Гос. Думы *во время ея сессіи*, должно быть испрошено предварительное разрѣшеніе Думы...“ (Ст. 16 Учр. Гос. Думы, Св. Зак. Т. I, ч. 2, изд. 1908 г.), что законопроектъ, не утвержденный Государемъ, не можетъ быть внесенъ на законодательное разсмотрѣніе *„въ теченіе той же сессіи“* (ст. 112 Осн. Зак.) [2]). Нѣкоторыя указанія, относящіяся къ этому вопросу, мы находимъ въ Высочайшемъ манифестѣ объ измѣненіи Учр. Гос. Сов. и о пересмотрѣ Учр. Гос. Думы 21 февраля 1906 г., гдѣ устанавливаются тѣ *„главныя основанія“* дѣятельности новыхъ законодательныхъ учрежденій, которыя значительной частью развиты въ Основныхъ Законахъ 23 апрѣля 1906 года и на первомъ мѣстѣ коихъ изложено: „Государственный Совѣтъ и

---

[1]) Contra: *І. Яшунскій*, Сессіи Гос. Думы, „Право“, № 22, 31 мая 1909, стр. 1369—1378. Напротивъ, *А. К. фонъ-Резонъ*: „Гос. Дума и Гос. Совѣтъ созываются ежегодно (ст. 98 Осн. Зак.) на *сессіи*, обнимающія совокупность *ежегодныхъ занятій*, при чемъ однако ежегодныя занятія не совпадаютъ съ календарнымъ годомъ“. Жур. Мин. Юст., 1909, кн. IX, Права членовъ Гос. Совѣта и Гос. Думы, стр. 106.—Было указано также на ст. 7 Учр. Гос. Сов., основанную на предположеніи тождества понятій „сессіи“ и „ежегодныхъ занятій: „Предсѣдатель Гос. Совѣта *ежегодно* повергаетъ на Высочайшее воззрѣніе всеподданнѣйшій отчетъ о дѣятельности *Совѣта* за истекшую *сессію*“.

[2]) Ст. 23 Учр. Гос. Думы изд. 1906 г. устанавливала, что члены Гос. Думы получаютъ суточное отъ казны довольствіе *„въ теченіе сессіи“*. Законъ 6 іюля 1908 г. измѣнилъ эту статью въ томъ смыслѣ, что понятіе „сут. довольствія въ теченіе сессіи“ замѣнено „ежегоднымъ довольствіемъ“. Учр. Гос. Думы 1908 г., ст. 23. Терминъ „сессія“ встрѣчаемъ мы также въ ст.ст. 3 и 17 правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ. Св. Зак., т. I, ч. 2, изд. 1906 г. См. также *Наказъ Госуд. Совѣта*, изд. Госуд. Канцеляріи, Спб., 1908, ст. 7—11, 55, 57, 84, 26, и, особенно, *30*.

Государственная Дума ежегодно созываются и распускаются Указами Нашими“, т. е. какъ общее правило установлено, что Гос. Дума должна быть разъ въ годъ созвана и разъ въ годъ распущена Государемъ; въ сопоставленіи со ст. 98 и 99 Осн. Зак., это значитъ, что ежегодный созывъ и роспускъ Гос. Думы есть право и обязанность монарха, что начало и конецъ сессіи опредѣляются указами Государя и что подъ сессіей понимается *„періодъ ежегодныхъ занятій“* Гос. Думы, начало коего относится къ моменту ея созыва, а конецъ—къ моменту ея роспуска, въ смыслѣ закрытія сессіи, т. е., что наши Осн. Зак. (ст. 99) знаютъ только *годичныя сессіи*: говоря о „срокахъ перерыва занятій въ теченіе года“, т. е. допуская нѣсколько перерывовъ одной и той же сессіи, Осн. Законы въ то же время не предусматриваютъ болѣе одной сессіи въ году.

Имѣя въ виду указанное значеніе понятія сессіи по нашему праву и юридическія послѣдствія самаго понятія сессіи, разсмотримъ, что значитъ выраженіе „прекращеніе занятій“: означаетъ ли оно пріостановку сессіи или ея закрытіе. Касаясь этого вопроса, проф. бар. *Б. Э. Нольде*, 39, на основаніи буквы и смысла ст. 87, не сомнѣвается въ томъ, что подъ прекращеніемъ занятій надо разумѣть не только закрытіе, но и пріостановку сессіи. Дѣйствительно ли однако такъ категорична буква ст. 87?

Мы видѣли, что Осн. Законы знаютъ два термина *„прекращеніе* занятій“ (ст. 87) и *„перерывъ* занятій въ теченіе года“ (ст. 99). Чтобы выяснить отношеніе между этими терминами, обратимся снова къ тексту ст. 99. Она устанавливаетъ право Государя опредѣлять „продолжительность *ежегодныхъ* занятій“ Гос. Думы и сроки перерыва занятій въ *теченіе года*“, т.е. во 1-хъ, *закрывать сессію*, нормально длящуюся парламентскій годъ (съ осени до лѣта), и, во 2-хъ, *прерывать теченіе сессіи*, не закрывая ея самой. Въ самомъ дѣлѣ, еслибы „сроки перерыва занятій“ означали также моментъ закрытія сессіи, то не было бы никакой нужды въ начальныхъ словахъ ст. 99: „Продолжительность ежегодныхъ занятій... опредѣляется Государемъ Императоромъ...“ Такъ какъ Государю принадлежитъ право опредѣлять „сроки перерыва занятій въ теченіе года“, т. е. будто бы не только пріостанавливать, но и закрывать сессію, то само собой разумѣется, что это право распространялось бы не только на средину парламентскаго года, но и на его конецъ, т. е. здѣсь implicite имѣлось бы уже и право опредѣлять „продолжительность ежегодныхъ занятій“ Гос. Думы,

въ особомъ упоминаніи о коемъ не было бы, слѣдовательно, юридическаго смысла, и ст. 98—99 были бы редактированы такъ: Гос. Совѣтъ и Гос. Дума созываются ежегодно указами Государя Императора. Сроки перерыва ихъ занятій опредѣляются указами Государя Императора. Такая редакція соотвѣтствовала бы тому взгляду, что „перерывъ занятій" заключаетъ въ себѣ одновременно и пріостановку сессіи и ея закрытіе. Но именно потому, что, въ терминахъ нашего права, „перерывъ" означаетъ только пріостановку сессіи, и введено выраженіе „продолжительность ежегодныхъ занятій", означающее продолжительность *сессіи*, въ то время, какъ „перерывъ" означаетъ отсрочку сессіи, безъ нарушенія ея единства.

Мы стремились установить, что перерывъ занятій означаетъ лишь пріостановку сессіи [1]). Поставимъ вопросъ, заключаетъ ли въ себѣ понятіе „прекращеніе занятій" также и „перерывъ" ихъ, т. е. пріостановку сессіи? Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что, еслибы это было такъ, то ст. 99

[1]) Крайняя бѣдность и недостаточность опредѣленій нашего права, касающихся понятія сессіи, особенно рельефно выступаетъ въ сравненіи напр., съ опредѣленіями Венгерскаго IV закона 1848 о ежегодныхъ сессіяхъ сейма: „Его Величество имѣетъ право *отсрочить* на время ежегодную сессію собраннаго сейма, *закрыть ее* и даже *распустить* сеймъ ранѣе истеченія пятилѣтняго срока"... (§ 5).—На почвѣ неоформленности у насъ понятія сессіи возникъ любопытный инцидентъ, еще разъ подчеркнувшій необходимость законодательнаго опредѣленія этого понятія. Въ началѣ 1910 г., группа выборныхъ членовъ Гос. Совѣта обратилась къ предсѣдателю Совѣта съ запиской, въ которой мотивировала право свое на полученіе суточнаго довольствія за 21 день рождественскаго перерыва сессіи Совѣта. Гос. секретарь Макаровъ объяснилъ удержаніе довольствія тѣмъ, что этотъ перерывъ, какъ произведенный по указу Государя, есть „не что иное, какъ *прекращеніе самой сессіи*, за время котораго суточное довольствіе не выдается". Записка, напротивъ, исходитъ изъ того, что „подъ сессіей надлежитъ разумѣть годовыя занятія" палатъ, начинающіяся съ осенняго созыва и оканчивающіяся лѣтнимъ роспускомъ, и что „самъ Гос. Совѣтъ, конечно, не предполагаетъ возможности нѣсколькихъ сессій въ годъ" (ст.ст. I и II закона 10 Марта 1909 г.). Это толкованіе подкрѣпляется текстомъ всеподданѣйшаго отчета предсѣдателя Гос. Совѣта: „Отчетная *сессія*... продолжалась... съ *15 Октября 1908 г.* по *12 Іюня 1909 г.*, при чемъ по указу В. И. Величества съ 30 Декабря 1908 г. по 10 Января 1909 г. занятія Гос. Совѣта были *пріостановлены*". Точно такъ же и въ толкованіи Гос. Совѣта, изложенномъ на стр. 9-й Наказа, содержится „категорическое указаніе, что перерывъ занятій (напр., на время пасхальныхъ и рождественскихъ праздниковъ) не есть прекращеніе сессіи".—Доводы записки и ея толкованіе ст. 28 Учр. Гос. Совѣта были признаны правильными, и требованіе довольствія было удовлетворено. *Матеріалы* коммиссіи Гос. Сов., № 2049.

вмѣсто того, чтобы вводить рѣдкій и нигдѣ болѣе не повторяющійся терминъ „перерыва занятій" и кромѣ него еще и выраженіе „продолжительность ежегодныхъ занятій",—могла бы ограничиться однимъ *воспроизведеніемъ термина ст. 87-й*: „прекращеніе занятій", разъ оно означаетъ и закрытіе сессіи и ея пріостановку; тогда ст. 99 гласила бы просто, *время прекращенія занятій* Гос. Совѣта и Гос. Думы опредѣляется Государемъ. Иная редакція ст, 99 можетъ означать только то, что прекращеніе занятій означаетъ лишь закрытіе сессіи, но не ея пріостановку, для которой законъ употребляетъ выраженіе „перерывъ занятій въ теченіе года". Такимъ образомъ, наши Осн. Законы присвоиваютъ понятію *„перерыва занятій"* совершенно опредѣленное значеніе *отсрочки занятій*, въ противоположность ихъ прекращенію. Слѣдовательно, тамъ, гдѣ идетъ рѣчь о „прекращеніи занятій" не можетъ быть рѣчи объ ихъ перерывѣ: предполагать смѣшеніе этихъ терминовъ законодателемъ нѣтъ въ текстѣ закона никакихъ основаній, а предполагать ихъ отождествленіе не позволяютъ ст. 98—99.

Провѣримъ наши заключенія анализомъ самаго выраженія „прекращеніе занятій" per se, какъ юридическаго термина, независимо отъ его мѣста въ Основныхъ Законахъ. Что слѣдуетъ разумѣть подъ „прекращеніемъ" юридическаго факта—въ данномъ случаѣ, занятій Гос. Думы? Сопоставляя понятія „прекращенія" и „пріостановки", мы видимъ, что термины эти, внѣ ихъ мѣста и даннаго конкретнаго примѣненія, имѣютъ два совершенно опредѣленныхъ и прямо противоположныхъ значенія. Пріостановка въ теченіи дѣйствія означаетъ лишь *временный разрывъ* дѣятельности, не разрушающій логическаго тождества дѣйствія и его юридическаго единства; такъ, пріостановка, или перерывъ засѣданія палаты (ст. 37 Учр. Гос. Думы) не разрушаетъ его юридическаго тождества, а „прекращеніе", или закрытіе засѣданія полагаетъ рѣзкую границу между нимъ и послѣдующимъ. Прекращеніе дѣйствія есть разрывъ по степени и по качеству гораздо болѣе глубокій, чѣмъ простая „пріостановка" или „перерывъ"; „прекращеніе" дѣйствія не допускаетъ его „продолженія": тогда возможно лишь его „возобновленіе", о которомъ и говоритъ конецъ ст. 87 („возобновленіе занятій Гос. Думы") т. е. начатіе новаго дѣйствія, юридически-отличнаго и обособленнаго отъ дѣйствія, которое прекращено было. Если данное дѣйствіе „прекращено", то новое можетъ найти въ немъ только фактическій матеріалъ, но *не свое юридическое начало.*

Такимъ образомъ, и общее значеніе термина „прекращеніе" и

сопоставленіе его съ другими выраженіями Осн. Законовъ приводятъ насъ къ одному и тому же заключенію. Какъ ни спорна въ этомъ отношеніи буква ст. 87, скорѣе можно склониться къ ея ограничительному толкованію, чѣмъ къ расширительному. Для этого достаточно лишь вспомнить общее значеніе и характеръ ст. 87-й въ системѣ Основныхъ Законовъ. Ст. 87 не представляетъ собою простого фрагмента конституціи, однороднаго съ общей массой ея конституціонныхъ элементовъ; по происхожденію своему и юридическому значенію, она представляетъ собою отступленіе отъ общаго начала всякаго конституціоннаго права, въ томъ числѣ и нашего, въ силу коего ни одна мѣра законодательнаго характера не можетъ послѣдовать безъ одобренія палатъ. Слѣдуя непосредственно за статьей, провозглашающей это начало (ст. 86), ст. 87 есть такимъ образомъ изъятіе изъ принципа, и постольку всѣ ограничительные ея элементы, въ томъ числѣ и моменты, когда она вступаетъ въ силу,—должны быть толкуемы въ точномъ согласіи съ исключительнымъ характеромъ самой статьи, т. е. ограничительно; въ противномъ случаѣ, т. е. при расширительномъ толкованіи, исключеніе грозитъ потрясти въ самомъ основаніи то общее правило, изъятіемъ изъ коего оно является.

Въ самомъ дѣлѣ, если допустить, что подъ „прекращеніемъ“ занятій разумѣются и „перерывы“ въ теченіе года, то сюда подойдутъ и перерывы, устанавливаемые самою Гос. Думою,—т. е. не только въ теченіе лѣтнихъ каникулъ, но и въ теченіе рождества и пасхи законодательная дѣятельность могла бы быть прервана внѣ-парламентскимъ нормотворчествомъ кабинета; такимъ образомъ, при такомъ толкованіи термина „прекращеніе занятій“, вся сессія была бы разорвана на промежутки времени въ 2—3 мѣсяца, и въ теченіе всѣхъ перерывовъ сессіи правительство могло бы издавать мѣры законодательнаго характера внѣ-законодательнымъ путемъ. Стоило бы ему только выждать ближайшаго перерыва сессіи, и оно могло бы проводить въ порядкѣ ст. 87 мѣры, хотя и вызванныя чрезвычайными обстоятельствами, но на изданіе коихъ оно, можетъ быть, не встрѣтило бы согласія Думы: можно объявить такое осуществленіе конституціонныхъ полномочій злоупотребленіемъ ими, но таковымъ оно явилось бы лишь съ политической точки зрѣнія, — юридически оно не можетъ быть опротестовано [1]). Предложенное выше толкованіе термина „прекращеніе

[1]) Полагая, что подъ „прекращеніемъ занятій“ слѣдуетъ разумѣть не только прекращеніе сессіи, но и пріостановку ея, бар. Б. Э. Нольде, 38,

занятій", естественно, исключаетъ юридическую допустимость такихъ злоупотребленій и мнимо-законный поводъ для нихъ.

Согласно ли это толкованіе со *смысломъ* ст. 87? На первый взглядъ кажется, что, такъ какъ чрезвычайныхъ обстоятельства могутъ наступить не только во время закрытія сессіи, но и во время ея пріостановки, — то въ такомъ случаѣ правительство, не имѣя права прибѣгнуть къ изданію чрезвычайнаго указа, будетъ безсильно и не сможетъ реагировать на эти чрезвычайныя обстоятельства, какъ бы ни была велика ихъ угроза общественной безопасности или инымъ общественнымъ благамъ. Это соображеніе было бы неотразимо, еслибы мы не знали странъ, гдѣ у правительства вовсе нѣтъ права изданія чрезвычайныхъ указовъ и гдѣ министерство, прибѣгая ко внѣзаконнымъ путямъ для реагированія на чрезвычайныя обстоятельства, *беретъ на себя отвѣтственность* за этотъ неправомѣрный актъ. У насъ самое изданіе чрезвычайнаго указа есть актъ вполнѣ правомѣрный, но изданіе чрезвычайнаго указа *въ ненадлежащее время*, т. е. внѣ закономъ установленныхъ условій, слѣдуетъ считать такимъ же правонарушеніемъ, какимъ, напр., въ Англіи является изданіе чрезвычайнаго указа само по себѣ [1]).

находитъ однако, что перерывъ занятій, устанавливаемый самою Думою, напр. во время рождества и пасхи, не подходятъ подъ понятіе „прекращеніе занятій". Основаніемъ этого взгляда является то обстоятельство, что о перерывахъ, назначаемыхъ самою Думою, „законъ ничего не знаетъ", и потому ст. 87 ихъ не могла имѣть въ виду. Такой доводъ представляется однако весьма спорнымъ. Еслибы ст. 87 имѣла въ виду всякое вообще отсутствіе занятій Гос. Думы, всякую Nichttagung, то, хотя бы *послѣ изданія Осн. Законовъ* былъ изданъ *законъ* о новыхъ перерывахъ сессіи, неизвѣстныхъ Основнымъ Законамъ,—эти новые перерывы также обнимались бы понятіемъ „прекращенія занятій". Тѣмъ менѣе могла бы норма, созданная *въ порядкѣ наказа* измѣнить смыслъ и остановить дѣйствіе буквы закона, къ тому же квалифицированной силы, какъ основной законъ. Здѣсь возможны только два рѣшенія вопроса: или разсматривать „прекращеніе занятій", какъ *юридическій терминъ*, и тогда подъ нимъ можно разумѣть только закрытіе сессіи, или сообщать ему смыслъ *бытового выраженія*, и тогда подъ нимъ придется разумѣть и перерывы сессіи, кѣмъ бы они ни устанавливались, Государемъ или Гос. Думой. — Отмѣтимъ, что въ противоположность практикѣ 1907—1908 г.г., рождественскій *перерывъ* II сессіи Госуд. Думы III созыва (1908—1909) былъ назначенъ не постановленіемъ Думы, а указомъ Государя (Стен. Отч., зас. 20 декабря 1908 г., стр. 3136). Въ томъ же порядкѣ объявленъ былъ рождественскій перерывъ1909—1910 г.

[1]) Намъ кажется, что защищаемое выше положеніе можетъ быть принято и какъ общій юридическій принципъ. Несоблюденіе правительствомъ одного изъ матеріальныхъ или формальныхъ условій изданія чрезвычайнаго

Нѣтъ сомнѣнія, что если чрезвычайный указъ былъ вынужденъ чрезвычайными обстоятельствами, то министерство, даже будучи привлечено къ отвѣтственности, было бы освобождено отъ нея въ виду условій крайней необходимости, въ которыхъ оно дѣйствовало. Такимъ образомъ, общій смыслъ ст. 87, которая стремится устранить опасное вліяніе чрезвычайныхъ обстоятельствъ на общественное благо, нисколько не будетъ поколебленъ. Съ другой стороны, необходимо признать, что должна быть установлена *опредѣленная граница* для моментовъ дѣйствія ст. 87. Если допустить, что всякая невозможность обратиться къ Думѣ есть основаніе для изданія чрезвычайнаго указа, то мы придемъ къ тому, что въ любой перерывъ занятій, хотя бы онъ длился нѣсколько дней, можетъ быть изданъ чрезвычайный указъ; напр., огромное общественное бѣдствіе можетъ наступить сразу и дѣйствительно не будетъ возможности ждать ближайшаго засѣданія Гос. Думы. Однако подводить такіе перерывы подъ понятіе „прекращеніе занятій“ едва ли допустимо и едва соотвѣтствуетъ смыслу института чрезвычайно-указнаго *права* [1]).—Еслибы даже была доказана нецѣлесообразность *такого*, по нашему убѣжденію, велѣнія закона, то юридическая его сила не можетъ быть оттого поколеблена такъ же точно, какъ cessante ratione legis non cessat lex ipsa... [2]).

Въ заключеніе нельзя не отмѣтить еще одного довода противъ приведеннаго выше толкованія термина „прекращеніе занятій“. Указывается на то, что и прусское и австрійское право толкуются доктриной въ томъ смыслѣ, что правительство можетъ издавать чрезвычайные указы и во время пріостановки сессіи (бар. Нольде,

---

указа отнимаетъ у юридическаго акта его правовую санкцію, т.-е. превращаетъ защищенное *право* въ наказуемое *дѣяніе*, низводитъ осуществленное правомочіе на степень совершеннаго факта. Другими словами, разъ не соблюдены установленныя закономъ условія, изданный актъ явился бы въ Россіи такимъ же незакономѣрнымъ велѣніемъ власти, какъ и въ Англіи.

[1]) Какъ, напр., считать *„прекращеніемъ“* занятій такую Nichttagung, которая имѣетъ характеръ даже не перерыва сессіи, а скорѣе простой *отсрочки засѣданія*, съ сохраненіемъ даже *той же повѣстки*. Засѣданіе 17 апрѣля 1907, прерванное по постановленію Гос. Думы до 30 апрѣля. *Предсѣдатель:* „Повѣстка остается сегодняшняя — тѣ вопросы, которыхъ мы сегодня не заслушали“... Стен. Отч. Гос. Думы II созыва, сес. II, зас. 29, стр. 2285.

[2]) Предложенное толкованіе термина „прекращеніе занятій“ принято у *Н. И. Паліенко*, 57: „Статью эту (87-ю) примѣняютъ, вопреки смыслу ея, не только въ періодъ *прекращенія занятій Думы, т. е. въ междусессіонный періодъ*, но и во время перерывовъ этихъ засѣданій.

38).—Что касается прусскаго права, то оно даетъ поводъ для такого толкованія потому, что пользуется неопредѣленнымъ бытовымъ выраженіемъ „если палаты не въ сборѣ", на степень коего не можетъ быть низведенъ терминъ ст. 87 „прекращеніе занятій". То же слѣдуетъ сказать и объ австрійскомъ § 14, который требуетъ, чтобы рейхсратъ не былъ въ сборѣ [1]) („...wo dieser nicht versammelt ist"; Прусскій § 63: „...wenn die Kammern nicht versammelt sind").

Однако, вмѣсто поисковъ за аналогіями для нашихъ отношеній въ странахъ, гдѣ на почвѣ *неудачнаго* выраженія закона, условія примѣненія чрезвычайно-указнаго права нерѣдко служили источникомъ безконечныхъ контроверзъ и столкновеній между правительствомъ и парламентомъ,—вмѣсто этого, значительно плодотворнѣе и доказательнѣе было бы обратиться къ нашимъ же учрежденіямъ, и въ нихъ искать нормы, аналогичныя ст. 87. Мы имѣемъ въ виду ст. 17 Правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ, этотъ *бюджетный осколокъ ст. 87-й*. Рѣчь идетъ о неотложныхъ, непредусмотрѣнныхъ росписью расходахъ, для покрытія коихъ кредиты открываются по постановленію совѣта министровъ, если, въ силу срочности расхода, невозможно провести его въ законодательномъ порядкѣ: „Въ случаѣ открытія кредитовъ *во время сессіи*, представленія, оправдывающія *неотложность* упомянутыхъ ассигнованій, вносятся, по возможности, *до окончанія сессіи*, а во всѣхъ прочихъ случаяхъ—въ теченіе двухъ, слѣдующихъ за открытіемъ *новой сессіи*, мѣсяцевъ"... (съ изъятіемъ для кредитовъ, требующихъ тайны). Глубокое отличіе между нашимъ *общимъ* чрезвычайно-указнымъ правомъ (ст. 87) и приведеннымъ фрагментомъ нашего *частнаго* чрезвычайно-указнаго права (ст. 17) заключается въ томъ, что ст. 17-й можно пользоваться и *во время сессіи*, а ст. 87-й — нельзя. Но условія пользованія ст. 87-й и 17-й „во всѣхъ прочихъ случаяхъ", т. е. *не „во время сессіи"*, а когда она закончилась, совершенно аналогичны въ интересующемъ насъ отношеніи. При этомъ въ ст. 17-й съ исчерпывающей ясностью противополагаются оба эти момента: съ одной стороны, періодъ *закрытія сессіи*, съ другой — *всякій* вообще иной моментъ *во время теченія* сессіи, хотя бы моментъ

[1]) Это мѣсто неточно передано, какъ „промежутокъ между сессіями", что существенно мѣняетъ его смыслъ, въ образцовомъ сборникѣ „Современныя конституціи", Спб., 1905, т. I, Австрія, § 14; та же неточность—Данія, 25; обратная неточность—т. II, Черногорія, 75.

этотъ падалъ на время перерыва сессіи, пріостановленной, но не закрытой. Въ самомъ дѣлѣ, если кредитъ открывается во время сессіи, т. е. пока она еще течетъ, то правительство, по возможности, до конца сессіи обязано оправдать спѣшность ассигновки; слѣдовательно, это относится и къ *перерывамъ* въ теченіе сессіи, лишь бы только послѣ этого перерыва сессія продолжала свое юридически-непрерывное существованіе, т. е. *не была бы закрыта:* только въ этомъ случаѣ и возможно осуществленіе требованія ст. 17-й, чтобы правительство оправдало срочность ассигнованія, „по возможности, до окончанія сессіи". Напротивъ, въ томъ случаѣ, когда сессія закрыта, этой возможности ужъ нѣтъ, и на этотъ случай отвѣчаетъ вторая часть приведеннаго отрывка ст. 17-й: тогда устанавливается, по аналогіи со ст. 87, двухмѣсячный срокъ, начинающій свое теченіе вслѣдъ „за открытіемъ *новой сессіи*". Такимъ образомъ, ст. 17-я даетъ опору для утвержденія, что законъ нашъ, въ томъ единственномъ случаѣ, когда онъ объ этомъ ясно высказывается, полагаетъ рѣзкую и твердую грань между закрытіемъ сессіи и всѣми другими моментами въ ея теченіи, не придавая никакого юридическаго значенія тому, происходятъ ли въ эти моменты фактически занятія палатъ или эти занятія пріостановлены. — Въ томъ же смыслѣ должны быть истолкованы ст. 16 Учр. Гос. Думы и ст. 28 Учр. Гос. Совѣта.

Японская и Черногорская конституціи прямо требуютъ, чтобы чрезвычайные указы издавались именно только „въ промежутокъ *между сессіями* парламента" (Черногорская 75), или „когда сессія закрыта" (Японская 8) [4]).

2. Изслѣдуемый текстъ заключаетъ въ себѣ еще одну интересную особенность нашего права. Соотвѣтствующее мѣсто гласитъ: „Во время прекращенія занятій *Гос. Думы*...", т. е. мѣра по 87 ст. можетъ быть издана только тогда, когда нѣтъ налицо *Гос. Думы*; при этомъ безразлично, продолжаются ли занятія Гос. Совѣта или онѣ прекращены, т. е. мѣра въ порядкѣ ст. 87 можетъ быть издана и *въ присутствіи Гос. Совѣта*, но ни о какомъ его участіи въ ея изданіи нѣтъ рѣчи. Какія юридическія послѣдствія вытекаютъ изъ этого постановленія закона? Замѣтимъ, что положеніе, на коемъ оно покоится, является также своеобразнымъ мо-

[4]) Своеобразно рѣшаютъ поставленный вопросъ Болгарская, 47 и Турецкая, 36, конституціи, допускающія изданіе чрезвычайнаго указа, когда парламентъ *не можетъ быть собранъ* (Турецкая: „когда обстоятельства не позволяютъ созвать парламентъ для обсужденія необходимыхъ законовъ").

ментомъ нашихъ Основн. Законовъ. (О разногласіяхъ по этому вопросу въ комиссіи гр. Сольскаго: *В. М. Гессенъ*, На рубежѣ, стр. 239). Какъ общее правило, засѣданія обѣихъ палатъ на Западѣ начинаются и оканчиваются одновременно: въ нѣкоторыхъ конституціяхъ прямо не допускается, чтобы одна изъ палатъ засѣдала безъ другой [1]); въ другихъ это разумѣется само собою; поэтому соотвѣтствующее мѣсто иностранныхъ статей, аналогичныхъ ст. 87, редактируется въ томъ смыслѣ, что чрезвычайные указы могутъ быть изданы, когда „*палаты* не собраны“, или общимъ образомъ—„въ промежутокъ между сессіями *парламента*“, *риксдага*, или „когда *рейхсратъ* не собранъ“ [2]). Наша ст. 87 требуетъ прекращенія занятій одной только Гос. Думы, что̀ влечетъ за собою два серьезныхъ и необычныхъ въ конституціонномъ по-

---

[1]) Бельгія, 59: „Всякое собраніе Сената, состоявшееся не во время сессіи палаты представителей, является недѣйствительнымъ“; Испанія, 38: „Одно законодательное собраніе не можетъ быть собрано безъ другого“, исключая сенатъ въ роли судьи; Пруссія, 77: „Обѣ палаты созываются, открываются, отсрочиваются и распускаются одновременно“... Почти дословно повторяетъ Прусскій § 77—Японская ст. 44. То же самое—Италія 48, Португалія 44, Саксонія 62, Нидерланды 103—4, Испанія 38.

[2]) Для нашего права не возникаетъ вопроса о значеніи *парламентской обструкціи*: если она приводитъ къ закрытію сессіи или къ роспуску, тогда только вступаетъ въ силу ст. 87. Поскольку же меньшинство въ парламентѣ препятствуетъ обсужденію или принятію законопроекта, но сессія по-прежнему течетъ и занятія палаты не „*прекращены*“, мѣста для примѣненія ст. 87 нѣтъ. Объ итальянскихъ отношеніяхъ,—какъ извѣстно, не нормированныхъ въ законѣ,—*Gmelin*, 112, утверждаетъ, что „въ этомъ послѣднемъ случаѣ имѣетъ мѣсто фикція, позволяющая разсматривать парламентъ, какъ вовсе не собранный; поэтому нѣтъ никакихъ препятствій для примѣненія чрезвычайно-указнаго права, ибо правительство вѣдь не дѣйствуетъ здѣсь въ прямомъ противорѣчіи съ волею палатъ“: въ 1899 г. правительство прибѣгло къ чрезвычайному указу для проведенія мѣръ, касающихся общественной безопасности, свободы печати и т. д., вслѣдствіе обструкціи, не давшей закончить второго чтенія законопроекта, соотвѣтствовавшаго этому указу.—*Gmelin*, однако, и самъ указываетъ, что правительство издало чрезвычайный указъ послѣ того, какъ парламентъ былъ „vertagt“, т. е. занятія его были пріостановлены. *Gmelin*, 113.—Своеобразную особенность въ отношеніи къ causa remota (палаты не въ сборѣ), представляетъ, какъ мы видѣли, Болгарская конституція, 47, требующая, чтобы „народное собраніе *созвано быть не могло*“; это указываетъ, что первымъ и прямымъ отвѣтомъ на „чрезвычайныя обстоятельства“ является созывъ народнаго собранія на *чрезвычайную сессію*, и лишь въ случаѣ невозможности этого, допустимо обращеніе къ „чрезвычайнымъ постановленіямъ“ ст. 47 и 48-й.

рядкѣ послѣдствія. Первое изъ нихъ заключается въ слѣдующемъ. Исходя изъ смысла и назначенія ст. 87-й, слѣдовало бы думать, что безразлично, какая изъ обѣихъ палатъ прекратила свои занятія: разъ нѣтъ одной изъ нихъ, законотворчество невозможно; поэтому въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ допустимо обращеніе къ чрезвычайно-указной дѣятельности и тогда, когда одинъ Гос. Совѣтъ не въ сборѣ, хотя бы Гос. Дума была налицо. Но категорическое требованіе ст. 87-й не оставляетъ никакихъ сомнѣній относительно положенія вопроса de lege lata: отсутствіе занятій Гос. Совѣта не даетъ права обращаться къ ст. 87, т. е. разъ Гос. Дума въ сборѣ, а Гос. Совѣтъ нѣтъ, — чрезвычайный указъ изданъ быть не можетъ; для его изданія необходимо и достаточно, чтобы Гос. Дума прекратила свои занятія, а въ сборѣ ли Гос. Совѣтъ—это безразлично. Это постановленіе Основныхъ Законовъ, какъ не разъ указывалось (*Лазаревскій*, 193; бар. *Нольде*, 37), можетъ привести къ положенію, способному поколебать въ значительной степени значеніе и смыслъ ст. 87. Это положеніе будетъ имѣть мѣсто всякій разъ, когда Гос. Дума засѣдаетъ безъ Гос. Совѣта; допустимъ, что въ это время „чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ“. Какъ быть? Нормальный законодательный порядокъ невозможенъ, ибо нѣтъ налицо Гос. Совѣта; невозможно и обращеніе къ ст. 87, ибо занятія Гос. Думы не прекращены. Юридически это положеніе надо признать неразрѣшимымъ съ точки зрѣнія нашихъ Основныхъ Законовъ. Но практически въ немъ до сихъ поръ не было ничего фатальнаго, ибо Гос. Дума безъ Гос. Совѣта не засѣдала. Напротивъ, занятія Гос. Совѣта имѣли мѣсто и въ отсутствіе Гос. Думы; такъ, въ сессію 1908 — 1909 г. Государственный Совѣтъ засѣдалъ на 10 дней дольше Государственной Думы, а въ сессію 1907—1908 г.— на недѣлю дольше [1]). Но эта практика, — т. е. занятія Гос. Со-

[1]) Занятія Гос. Думы въ 1908 г. были прекращены 28 іюня, а Гос. Совѣта—5 іюля, но срокъ возобновленія занятій и Думы и Совѣта назначенъ былъ одинъ: 15 октября 1908 г.: (Стен. Отч. Гос. Думы 1907—1908 г., сессія I, 1907—08, стр. 4524; Стен. отч. Гос. Совѣта, сессія III, 1907—1908 г. засѣд. 44, стр. 2430). Занятія Гос. Совѣта и Гос. Думы были возобновлены въ 1907 г. также одновременно — 1 ноября 1907 г. — Кромѣ того интересно обратить вниманіе, что II сессія III Гос. Думы была прервана 20 декабря 1908 г. до 20 января 1909 г., а сессія Гос. Совѣта 30 декабря 1908 г. до 10 января 1909 г., т. е. Совѣтъ засѣдалъ безъ Думы первые 10 дней (20 декабря—30 декабря) и послѣдніе 10 дней (10 января 1909—20 января 1909) пере-

вѣта во время отсутствія Гос. Думы, — косвенное значеніе или назначеніе коей — вывести изъ указаннаго тупика непрерывность государственнаго нормотворчества, приводитъ къ другому конституціонному затрудненію, менѣе остраго и открытаго характера, но способнаго поколебать законодательный авторитетъ перваго законодательнаго собранія, чего вѣроятно не имѣли въ виду и авторы ст. 87. Согласно буквѣ ст. 87-й, какъ только Гос. Дума прекратила свои занятія, правительство вправѣ издать чрезвычайный указъ, какъ если бы *обѣ палаты* прекратили свои занятія и не къ кому было обратиться за санкціей издаваемой мѣры. Между тѣмъ, казалось бы, что хотя Гос. Думы и нѣтъ налицо, но разъ Гос. Совѣтъ въ сборѣ, то наличность его *должна была бы какъ-нибудь отразиться на порядкѣ изданія мѣры*: та или иная форма его участія въ изданіи чрезвычайныхъ указовъ должна была бы усилить гарантіи конституціонности этихъ актовъ, какъ по формѣ, такъ и по содержанію. Законъ объ этомъ молчитъ, изъ чего слѣдуетъ заключить, что онъ санкціонируетъ такое положеніе, при которомъ, въ присутствіе законодательнаго собранія, издаются акты съ силой, хотя и временной, закона, при чемъ не только безъ участія этого собранія, но даже безъ его вѣдома, простымъ распубликованіемъ въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства. Трудно квалифицировать это положеніе съ точки зрѣнія строго догматической, но, съ точки зрѣнія твердыхъ началъ конституціоннаго права, этому положенію присущи черты, существенно расходящіяся съ конституціонной идеей...

3. Необходимость въ мѣрѣ.

Переходя къ третьему условію примѣненія ст. 87-й, мы видимъ, что законъ требуетъ „необходимости въ мѣрѣ“, безъ которой, слѣдовательно, не причиняя серьезнаго вреда государственному организму, обойтись невозможно. Недостаточна простая полезность мѣры, необходима настоятельная и неотвратимая потребность въ ней. Кромѣ того, должна быть *необходима* именно *такая* мѣра, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ, т. е., если данное положеніе можетъ быть разрѣшено средствами, пре-

---

рыва сессіи. Стен. отч. Гос. Совѣта, IV сессія, зас. 30 декабря 1908, стр. 512; Стен. отч. Гос. Думы, III соз., II сессія, засѣд. 20 декабря 1908 года, стр. 3136.

доставленными правительству *уже существующими законами,* въ предѣлахъ *легальныхъ полномочій* правительства, то обращеніе къ ст. 87 для изданія мѣры, противорѣчащей закону, будетъ неправильно. Правительство должно быть дѣйствительно *лишено законныхъ средствъ* для реагированія на чрезвычайныя обстоятельства; если же можно отвѣтить на чрезвычайныя обстоятельства безъ противорѣчія дѣйствующему закону, то правительство не можетъ создавать новыя нормы ни contra, ни praeter legem, хотя бы эти нормы были цѣлесообразнѣе старыхъ. Какъ сказано, положеніе должно быть такимъ, чтобы безъ этихъ новыхъ нормъ нельзя было обойтись, не создавая угрозы существеннаго вреда для государственнаго блага, что̀ есть первое условіе дѣйствительной „необходимости въ мѣрѣ".

Но необходимость въ мѣрѣ нельзя разсматривать независимо отъ *времени,* когда эта необходимость имѣетъ мѣсто: мѣра должна быть *необходима въ тотъ моментъ, когда она принимается* [1]). Смыслъ ст. 87 именно въ томъ, что вызываемая чрезвычайными обстоятельствами мѣра *неотложна,* что нѣтъ возможности ждать возобновленія занятій Государственной Думы. Если эта возможность есть, мѣра перестаетъ быть необходимой. Мѣра, которая была необходима *до того момента,* когда была принята, а въ моментъ ея примѣненія таковою уже не являлась, или, наоборотъ, мѣра, которая стала необходимой *лишь послѣ того,* какъ была примѣнена, а до того таковою не была,—требованію закона не удовлетворяетъ и изданіе ея оправдано быть не можетъ; напр., мѣра, которая была уже крайне необходима еще до прекращенія занятій Думы или будетъ необходима лишь къ тому времени, когда Дума уже будетъ въ сборѣ—очевидно, противорѣчитъ смыслу ст. 87-й.

Кромѣ *недостаточности законныхъ средствъ* для отвѣта на чрезвычайныя обстоятельства и *неотложной потребности* въ издаваемой мѣрѣ, должно быть налицо еще одно условіе, чтобы мѣра почиталась необходимой. Не слѣдуетъ забывать той логической связи, которую законъ устанавливаетъ между чрезвычайными обстоятельствами и издаваемой мѣрою: именно чрезвычайныя обстоятельства, а не что-либо иное, (напр., обстоятельства только необычныя или соображенія цѣлесообразности), должны „вызывать необходимость"

---

[1]) Неточно: „Неотложная необходимость должна наступить во время парламентскихъ каникулъ": если она наступила ранѣе—нѣтъ мѣста для чрезвычайнаго указа. *Zolger,* 390—91.

въ мѣрѣ; мѣра, необходимая сама по себѣ, но не въ силу обстоятельствъ, которыя являются въ точномъ смыслѣ слова чрезвычайными, не можетъ быть издана въ порядкѣ ст. 87. Иначе говоря, данная мѣра должна быть связана *причинной связью* съ чрезвычайными обстоятельствами, ибо законъ требуетъ, чтобы имѣлъ мѣсто тотъ случай, когда *„чрезвычайныя обстоятельства* вызовутъ необходимость въ мѣрѣ"; слѣдовательно, отсутствіе этихъ обстоятельствъ, какъ *причины* изданія мѣры, устраняетъ допустимость обращенія къ ст. 87. Легко, въ самомъ дѣлѣ, вообразить, что имѣются налицо чрезвычайныя обстоятельства, но мѣра, изданная во время существованія этихъ обстоятельствъ, хотя сама по себѣ и необходима, но вовсе логически не связана съ чрезвычайными обстоятельствами и не направлена на ихъ измѣненіе или прекращеніе. Въ такомъ случаѣ ст. 87-я примѣнена быть не можетъ. Законъ, такимъ образомъ, требуетъ, чтобы данная мѣра была вызвана чрезвычайными обстоятельствами и чтобы на чрезвычайныя обстоятельства необходимо было отвѣтить *именно мѣрой законодательнаго характера*, т. е. чтобы она была *единственно-возможнымъ* отвѣтомъ на эти обстоятельства, на которыя невозможно отвѣтить въ рамкахъ существующаго закона. Слѣдовательно, если съ одной стороны существуютъ „чрезвычайныя обстоятельства", а съ другой, независимо отъ нихъ—„необходимость въ мѣрѣ", т. е. оба эти условія ведутъ *обособленное, раздѣльное существованіе*, сосуществуя лишь во времени, но не въ причинной связи другъ съ другомъ, то мѣста для примѣненія ст. 87 быть не можетъ: если, напр., государство переживаетъ острый и внезапный промышленный кризисъ (чрезвычайныя обстоятельства) и въ то же время нужды народнаго образованія требуютъ открытія новыхъ школъ (необходимость въ мѣрѣ), то школы эти не могутъ быть открыты въ порядкѣ ст. 87, такъ какъ, несмотря на существованіе, какъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, такъ и необходимости въ мѣрѣ, *между ними нѣтъ необходимой причинной связи.*

Приведемъ нѣсколько иллюстрацій высказанныхъ положеній. Во время обсужденія въ Государственномъ Совѣтѣ, 30 декабря 1908 г., поступившаго изъ Гос. Думы законопроекта о продленіи дѣйствія временныхъ учрежденій и штатовъ министерства путей сообщенія, возникъ вопросъ, можетъ ли правительство провести указанную мѣру въ порядкѣ ст. 87, если бы она не была одобрена Государственнымъ Совѣтомъ, т. е. не прошла бы въ законодательномъ порядкѣ. Здѣсь возникаетъ, во-первыхъ, вопросъ о томъ,

можетъ ли правительство, прервавъ занятія Государственной Думы и Государственнаго Совѣта, провести мѣру, *только что отвергнутую*, хотя бы даже однимъ изъ этихъ учрежденій; во-вторыхъ, законномѣрно ли изданіе чрезвычайнаго указа во время короткаго рождественскаго *перерыва сессіи*? Но даже оставляя въ сторонѣ эти вопросы, на которые нельзя отвѣтить иначе, какъ отрицательно,— можетъ ли быть проведена *обсуждаемая мѣра*, сама по себѣ, въ порядкѣ ст. 87? Настолько ли она необходима, какъ это требуется чрезвычайными обстоятельствами ст. 87-й?

Членъ Гос. Совѣта *Ковалевскій* (засѣданіе 30 декабря 1908 г.): Правительство „вѣроятно, подобно мнѣ, сознаетъ невозможность примѣненія въ данномъ случаѣ ст. 87 Основныхъ Законовъ Государственныхъ, которая говоритъ о *неотложной необходимости*. А вѣдь никакой неотложной необходимости въ томъ, чтобы тотъ или другой чиновникъ министерства финансовъ или другого какого-нибудь министерства получалъ добавочное жалованіе, нѣтъ. Значило бы смѣяться надъ самымъ понятіемъ того, что̀ нѣмцы, итальянцы и другіе народы называютъ *вынужденнымъ необходимостью указомъ* (Notverordnung или ordinanza d'urgenza), если бы стали пользоваться ст. 87 Законовъ Основныхъ для того, чтобы дать чиновникамъ министерства эти добавочные оклады"....(Стеногр. отч. Гос. Совѣта, IV сессія, засѣданіе 11, 30 декабря 1908 г., стр. 437—38). Извѣстно однако, что, во время рождественскаго перерыва сессіи палатъ, мѣра эта была издана въ порядкѣ ст. 87, хотя она въ первоначальномъ своемъ видѣ не была принята обѣими палатами, хотя перерывъ сессіи Гос. Совѣта длился только 10 дней и хотя неотложная необходимость мѣры не была доказана (Собр. Узакон., Отд. I, № 6, ст. 19, Высоч. утв. 1 января 1909 г. полож. Совѣта Министровъ о дальнѣйшемъ съ 1 января 1909 г. продолженіи дѣйствія временныхъ: учрежденія министерства путей сообщенія, штата центральныхъ установленій сего министерства и дополнительнаго штата управленія по сооруженію желѣзныхъ дорогъ, со всѣми послѣдовавшими по означеннымъ штатамъ добавленіями и измѣненіями. Скрѣпы нѣтъ. „О семъ министръ юстиціи 13 января 1909 г. предложилъ Правительствующему Сенату для распубликованія").—Въ свою очередь, Гос. Дума, какъ будто указъ 1 января 1909 г. не былъ вовсе изданъ, въ засѣданіи 16 марта 1909 г., (81-мъ), приняла докладъ согласительной комиссіи, избранной еще до 1 января 1909 г. Совѣтомъ и Думой, въ виду разногласій между ними по вопросу о штатахъ

министерства путей сообщенія. Принятый Думой докладъ предлагалъ исключить 48 должностей на сумму 278,050 р. Каково отношеніе этого законопроекта къ указу 1 января—нѣтъ данныхъ въ докладѣ согласительной комиссіи (Стен. отч. III Гос. Думы, II сессія, ч. III, стр. 778, 781, 875—78 [1]).

Не менѣе рельефную трактовку „чрезвычайныхъ обстоятельствъ“ и „необходимости въ мѣрѣ“ мы находимъ въ преніяхъ, возникшихъ по поводу законопроекта объ отмѣнѣ взимаемаго съ населенія Измаильскаго уѣзда, Бессарабской губерніи, налога подъ названіемъ „сбора на содержаніе путей сообщенія“, о порядкѣ составленія и утвержденія смѣтъ городскихъ и сельскихъ коммунъ и о порядкѣ собиранія свѣдѣній, касающихся недвижимыхъ имуществъ названной мѣстности.

Членъ Гос. Совѣта *Стаховичъ* (засѣд. 2 апрѣля 1908 г.): „... Ссылаются на введеніе законопроекта въ дѣйствіе по ст. 87 Зак. Основныхъ, на то, что въ теченіе года законъ этотъ дѣйствовалъ и что его отмѣна колеблетъ престижъ власти. Противъ этого положенія, я скажу во-первыхъ, что матеріальнаго значенія оно не имѣетъ, что *хотя законъ и объявленъ уже болѣе года, онъ не примѣнялся....* Это возраженіе фактическаго характера, но есть и другое: я думаю, что ошибка въ практикѣ правительства, и наша большая бѣда не столько въ примѣненіи ст. 87, сколько въ томъ, что она *примѣняется въ случаяхъ, гораздо болѣе важныхъ, чѣмъ спѣшныхъ. Измаилъ?*—это положеніе длилось 30 лѣтъ, но не-

---

[1]) Этотъ случай—не единственный въ нашей чрезвычайно-указной практикѣ: правительство видитъ „необходимость въ мѣрѣ“, когда Гос. Совѣтъ и Гос. Дума выносятъ *различныя рѣшенія неотложнаго законодательнаго вопроса* и нѣтъ времени ждать примирительныхъ работъ согласительной комиссіи. Въ такомъ случаѣ, правительство разрубаетъ гордіевъ узелъ спора, разрѣшая его своею властью. Такъ, въ виду истеченія 1 іюля 1910 г. соглашенія съ Русскимъ Обществомъ пароходства и торговли по содержанію пароходныхъ сообщеній съ портами Ближняго Востока, правительство 31 октября 1909 г. внесло въ Гос. Думу законопроектъ новаго соглашенія съ названнымъ обществомъ; Гос. Дума приняла 4 іюня 1910 г. этотъ законопроектъ съ существенными поправками, значительно поколебавшими правительственныя условія новаго соглашенія; Гос. же Совѣтъ одобренный Думою законопроектъ отклонилъ 17 іюня 1910 г., и того же числа закрыта была сессія Гос. Думы до 15 октября 1910 г. Тогда правительство вошло во временное на одинъ годъ соглашеніе съ упомянутымъ обществомъ, *въ порядкѣ ст. 87.* (Высоч. утв. 26 іюня 1910 г. полож. сов. мин. о содержаніи срочныхъ пароходныхъ рейсовъ въ Черномъ и Средиземномъ моряхъ послѣ 1 іюля 1910 г., Собр. Узак., отд. I, № 116, ст. 1240).

посредственно, почти предъ созывомъ Думы и Гос. Совѣта, въ концѣ 30 года, измѣненіе вводится по ст. 87. *Амурская дорога* предрѣшена въ 91 году, но прождавши 17 лѣтъ, все-таки нѣсколько милліоновъ задатковъ выдаютъ въ порядкѣ статьи 87 передъ самымъ созывомъ Думы. Потомъ, конечно, *аграрный законъ 9 ноября 1906 года*, а затѣмъ даже такая мелочь, или не мелочь, а такая случайность, какъ *штаты министерства путей сообщенія*—за 7 дней до созыва Думы и даже безъ примѣненія ст. 87 изъ законодательнаго предположенія переходитъ въ забронированный бюджетъ. Вотъ, такая практика становится страшна, когда ей слѣдуетъ толкованіе, высказанное въ послѣднемъ нашемъ засѣданіи представителями правительства и отъ его имени, когда представители правительства говорятъ, что ст. 87 обязываетъ, или должна побуждать—я хочу быть безпристрастнымъ—законодательное собраніе принимать во вниманіе это примѣненіе, не колебать власти и такимъ путемъ уступать свою законодательную власть административнымъ распоряженіямъ правительства. Вѣдь ст. 87 есть въ сущности актъ административнаго распоряженія—règlement d'administration publique. И такъ онъ толкуется во всѣхъ законодательствахъ и странахъ; онъ, какъ таковой, подчиненъ законодательной власти". Между тѣмъ, у насъ, умѣстно опасеніе, что палаты будутъ поставлены „въ зависимость отъ примѣненія ст. 87, даже въ тѣхъ условіяхъ злоупотребленія ею, о которыхъ я только что имѣлъ честь говорить" (Стен. отч. Гос. Совѣта, сес. III, зас. 22 апрѣля 1908 года, стр. 884—886) [1]).

Членъ Гос. Совѣта *Стишинскій* (то же засѣданіе): „Можно относиться сочувственно или нѣтъ къ порядку изданія временныхъ правилъ по ст. 87 Осн. Зак. и къ примѣненію этого порядка на практикѣ, но онъ существуетъ, утвержденъ закономъ, и *если правительство имъ пользуется, то отрицать закономѣрности его въ этомъ отношеніи дѣйствій нельзя*. На основаніи ст. 87, въ порядкѣ верховнаго управленія, правительство имѣетъ право принимать временно мѣры законодательнаго свойства, *въ періодъ между сессіями Гос. Думы*, въ тѣхъ случаяхъ, когда въ этомъ ощущается *неот-*

---

[1]) На эту сторону нашей чрезвычайно-указной практики обращаетъ вниманіе и *Н. И. Паліенко*. Палата, разсматривающая законопроектъ, соотвѣтствующій чрезвычайному указу, „вынуждена уже считаться съ происшедшими измѣненіями въ правовой сферѣ и стѣснена до крайности въ свободной оцѣнкѣ правильности предлагаемой мѣры и отказѣ въ соотвѣтствующемъ законѣ".

ложная потребность. Съ этой точки зрѣнія, порядокъ этотъ необходимъ въ извѣстныхъ случаяхъ и онъ вполнѣ правильно былъ примѣненъ и въ данномъ случаѣ“ (стр. 927).

Членъ Гос. Совѣта *Зиновьевъ*: „Я думаю, что разъ привительство внесло законъ, признавая въ немъ *настоятельную необходимость*, въ порядкѣ ст. 87 Законовъ Основныхъ, если Гос. Дума его одобрила, то отмѣнить такой законъ, на основаніи весьма спорнаго сомнѣнія въ томъ, что технически законъ не совсѣмъ правиленъ, едва ли удобно“ (стр. 922).

Тов. мин. финансовъ: „... Наконецъ, затронутъ былъ вопросъ о мѣрахъ, приводимыхъ въ дѣйствіе въ порядкѣ 87 статьи Основныхъ Законовъ. Это вопросъ общій, и касаться его я не буду, но позволю себѣ только высказать убѣжденіе, что если по этой статьѣ введена *мѣра, польза которой ясна*, то отмѣна этой мѣры представляется совершенно невозможной“ (стр. 929).

Нельзя не видѣть, что въ трехъ послѣднихъ рѣчахъ вопросъ, поставленный членомъ Гос. Совѣта *Стаховичемъ*, перенесенъ въ другую плоскость: вопросъ о *закономѣрности* замѣненъ вопросомъ о *цѣлесообразности*, вопросъ о неотложной необходимости, требуемой закономъ,—вопросомъ о несомнѣнной полезности, не имѣющей однако срочнаго характера, и посему подъ дѣйствіе ст. 87 не подпадающей [1]).

4. Содержаніе чрезвычайнаго указа.

Четвертое условіе примѣненія ст. 87 выражено словами: „мѣра, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ“, но не затрагивающая ни Осн. Зак., ни Учрежденій Гос. Совѣта или Гос. Думы, ни постановленій о выборахъ въ Совѣтъ или Думу.

I. Понятіе „мѣры“. Прежде, чѣмъ выяснить, какія мѣры могутъ быть приняты въ порядкѣ ст. 87, подвергнемъ анализу самое понятіе „мѣры“, и попытаемся, какъ мы это дѣлали до сихъ поръ, раскрыть его содержаніе, какъ термина. Установимъ два характерныхъ момента въ значеніи этого термина, принятаго нашимъ закономъ. Необходимо обратить вниманіе на то, что, какъ бы правильно ни было значеніе, приданное доктриной и практикой термину

[1]) Обсужденіе „чрезвычайныхъ обстоятельствъ“ и „необходимости въ мѣрѣ“ по отношенію къ указу 9 ноября 1906 г.—см. въ *„Приложеніи“*, рѣчи д. д. *Милюкова, Шингарева, Шидловскаго* и *гр. Бобринскаго*.

„мѣра“ въ ст. 87, самъ по себѣ онъ означаетъ акты чисто-исполнительнаго свойства и распорядительнаго характера; если бы толкованіе чрезвычайно-указнаго права не расширило этого понятія за предѣлы его точнаго и прямого смысла, онъ означалъ бы, что акты, изданные въ порядкѣ ст. 87, ни въ коемъ случаѣ не могутъ имѣть значеніе закона ни въ формальномъ смыслѣ, ни—что здѣсь еще болѣе важно—въ матеріальномъ смыслѣ (въ смыслѣ Rechtssatz), а являются лишь актами *исполнительной* власти съ квалифицированной силой; терминъ „мѣра“ усугубляетъ подчиненную, исполнительную природу этихъ актовъ, какъ порученнаго конституціей полномочія, чуждаго понятію творческой законодательной инициативы, въ смыслѣ созданія общихъ и постоянно дѣйствующихъ нормъ (Rechtssätze). Таково содержаніе этого понятія и какъ бытового выраженія, и какъ юридическаго термина тамъ, гдѣ мы его встрѣчаемъ и въ другихъ случаяхъ.

Конституціи, заключающія въ себѣ статьи, аналогичныя ст. 87-й, не употребляютъ этого выраженія (за исключеніемъ немногихъ, напр., Баденской конституціи, ст. 66: „Великій герцогъ можетъ своей властью *принимать мѣры*“); въ нихъ обычно идетъ рѣчь объ „указахъ“ (Саксонія, 88), „императорскихъ указахъ съ силой закона“ (Японія, 8) или „съ временной силой закона“ (Австрія, 14) „чрезвычайныхъ постановленіяхъ“ (Болгарія, 47), „временныхъ законахъ“ (Данія, 25), „чрезвычайно-изданныхъ законахъ“ (Черногорія, 75) и т. д. Не трудно видѣть причину этого: какъ бы мы ни смотрѣли на терминъ „мѣру“, необходимо признать, что мѣра, которая принимается, можетъ служить *содержаніемъ* указа, но не можетъ быть отождествлена съ самимъ указомъ, какъ это дѣлаетъ нашъ законъ, говоря, что „дѣйствіе *мѣры* прекращается“..., какъ будто мѣра есть самый *указъ*, въ которомъ о ней говорится, который сообщилъ ей юридическое бытіе и лишь съ отмѣной котораго и „прекращается дѣйствіе мѣры“; очевидно, что вмѣсто „дѣйствіе мѣры прекращается“ надо читать „дѣйствіе указа прекращается“, точнѣе—„указъ теряетъ силу“, хотя бы самая мѣра, на другомъ юридическомъ основаніи, продолжала дѣйствовать.

Въ этомъ отношеніи текстъ нашего закона страдаетъ существенными дефектами, и всѣ преимущества предъ нимъ имѣетъ ст. 47 Болгарской конституціи. гдѣ нѣтъ рѣчи о „мѣрахъ“ и гдѣ понятіе чрезвычайнаго указа („чрезвычайнаго постановленія“) расчленяется на его виды, соотвѣтствующіе двоякой природѣ термина „мѣра“ въ нашемъ законодательствѣ. Согласно ст. 47, чрезвычайныя

постановленія распадаются на 1) „распоряженія" и 2) „указы": „князю... предоставляется издавать указы и дѣлать распоряженія, которые имѣютъ обязательную силу наравнѣ съ закономъ"; правильно поставленъ вопросъ и въ конституціяхъ Японской и Саксонской, гдѣ говорится общимъ образомъ объ *„указахъ"*, кои могутъ быть изданы монархомъ въ обстоятельствахъ, соотвѣтствующихъ нашимъ „чрезвычайнымъ". Доктрина и практика ст. 87 не колеблются однако подъ „мѣрой" понимать *норму*, въ которой она проведена, именно самый *актъ*, въ силу коего она принята, т. е. чрезвычайный указъ, ибо въ противномъ случаѣ конецъ ст. 87 утратилъ бы не только присущій ему юридическій смыслъ, но и отчасти свою юридическую силу: „прекращается дѣйствіе мѣры" —а самый чрезвычайный указъ, какова его судьба? развѣ онъ не утрачиваетъ своей силы и развѣ не слѣдствіемъ этого является прекращеніе дѣйствія мѣры? Итакъ, подъ „мѣрой" ст. 87 понимаетъ, во 1-хъ, чисто исполнительныя дѣйствія, вызываемыя чрезвычайными обстоятельствами, при чемъ *совершить эти дѣйствія*, разрѣшаетъ Государь, за отсутствіемъ Гос. Думы: здѣсь смыслъ термина „мѣра" совпадаетъ съ его обычнымъ, вполнѣ правильнымъ употребленіемъ; но, во 2-хъ, подъ мѣрой законъ понимаетъ не *конкретныя дѣйствія правительства*, реагирующія на чрезвычайныя обстоятельства и разрѣшаемыя Государемъ, а *самый актъ*, коимъ Государь разрѣшаетъ совершить эти дѣйствія, т. е. самый чрезвычайный указъ, *содержаніемъ* коего служитъ мѣра, и здѣсь „мѣра" значитъ указъ.

II. Законодательная и указная сферы. Каково же можетъ быть содержаніе чрезвычайнаго указа? На этотъ вопросъ общимъ образомъ отвѣчаетъ сама ст. 87: рѣчь идетъ прежде всего о „мѣрѣ, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ". Для рѣшенія вопроса о содержаніи актовъ, которые могутъ быть изданы по ст. 87, т. е. о *родѣ дѣлъ*, которыя могутъ быть нормируемы въ *чрезвычайно-указномъ* порядкѣ, необходимо установить, какіе именно вопросы разрѣшаются въ *законодательномъ* порядкѣ,—что̀ одно и то же, за точно указанными исключеніями. Прежде всего опредѣлимъ объемъ законодательной сферы, въ отличіе отъ указной: сюда входятъ, во 1-хъ, всѣ старые *законы*, т. е. изданные до 27 апрѣля 1906 г.—юридической даты нашихъ новыхъ государственныхъ учрежденій: хотя граница между закономъ и указомъ фактически не соблюдалась въ дореформенный періодъ, однако, всѣ акты, изданные при участіи Гос. Совѣта и утвержденные Государемъ,

являлись законами; таковыми же являлись Высочайше утвержденныя положенія органовъ верховнаго управленія, фактически имѣвшія силу закона на основаніи ст. 70 Осн. Зак. 1892 г.; сюда же надо отнести и всѣ вообще Высочайше утвержденные акты, коимъ дореформенная *практика* придала силу и значеніе законовъ (*Лазаревскій*, 477, 430—36). Всѣ эти акты, считавшіеся законами при старомъ порядкѣ, должны и нынѣ сохранить свое значеніе законовъ, поскольку они могутъ быть измѣнены лишь въ законодательномъ порядкѣ, а не въ порядкѣ верховнаго управленія, по общему правилу подзаконнаго. Исключеніемъ изъ этого правила могутъ быть только вопросы, разрѣшеніе коихъ и по новымъ Осн. Законамъ 23 апрѣля 1906 г. предоставлено единоличной власти Государя: хотя бы въ старомъ правѣ вопросы, затронутые этими статьями, получили разрѣшеніе въ порядкѣ законодательномъ, они могутъ быть нынѣ перерѣшены единоличной волей Государя. Но за этимъ исключеніемъ, всѣ нормы стараго права, имѣвшія значеніе и силу законовъ, сохраняютъ ее и нынѣ, и могутъ быть измѣнены лишь въ законодательномъ порядкѣ.

Что касается, далѣе, актовъ, изданныхъ послѣ 27 апрѣля 1906 года и уже вступившихъ въ силу, то здѣсь не возникаетъ вопроса о томъ, какіе изъ нихъ являются законами; прежняя шаткость границъ между закономъ и указомъ уже не можетъ имѣть мѣста: законъ есть норма, изданная Государемъ въ единеніи съ Гос. Совѣтомъ и Гос. Думой; только такіе акты и суть законы. Но здѣсь возникаетъ другой вопросъ, обращенный не къ прошлому, а къ будущему: какіе вопросы должны быть признаны законодательными и какіе указными? Руководящимъ началомъ при рѣшеніи этого вопроса должно быть слѣдующее: всякая новая мѣра, противорѣчащая закону или идущая мимо него, есть мѣра, „требующая обсужденія въ порядкѣ законодательномъ“. Согласно съ этимъ, къ вопросамъ законодательнаго порядка относятся прежде всего тѣ, кои отнесены къ вѣдѣнію Гос. Думы или Гос. Совѣта, что въ виду принципіальнаго тождества ихъ компетенціи, одно и то же *); Осн. Законы указываютъ, какіе это именно вопросы, въ ст.ст. 3, 120 и 69—83 (вся вторая глава, новая, по сравненію съ изд. 1892 г.); кромѣ того, существенныя опредѣленія изложены въ бюджетныхъ

*) „Гос. Совѣтъ и Гос. Дума пользуются равными въ дѣлахъ законодательства правами“ (ст. 106 Осн. Зак.; Им. Выс. ук. о переустройствѣ Учр. Гос. Совѣта II, ст. 17).

Правилахъ 8 марта 1906 г. и въ ст. ст. 31—32 Учр. Гос. Думы. Для оріентировки въ вопросѣ о томъ, какія дѣла, кромѣ указанныхъ въ приведенныхъ статьяхъ Осн. Законовъ, Учр. Гос. Думы и Правилъ 8 марта 1906 г., требуютъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ, бар. *Нольде* предлагаетъ два руководящихъ правила: во 1-хъ, самъ законъ можетъ установить на будущее время, что именно тѣ или иные вопросы требуютъ разрѣшенія въ порядкѣ законодательномъ; во 2-хъ, разъ какой-нибудь вопросъ былъ уже разрѣшенъ въ порядкѣ законодательномъ, онъ не можетъ быть уже нормируемъ въ порядкѣ указномъ, ибо не указомъ, а только закономъ можетъ быть отмѣненъ законъ (ст. 94 Осн. Зак.) [2]). Такъ можно съ положительной стороны намѣтить вопросы, подлежащіе разрѣшенію въ порядкѣ законодательномъ: тѣмъ самымъ, какъ замѣчено, очерчивается область вопросовъ, которые могутъ быть затронуты въ порядкѣ ст. 87. Кромѣ того, область эта можетъ быть опредѣлена и съ отрицательной стороны, путемъ указанія, во 1-хъ, на вопросы, подлежащіе разрѣшенію въ указномъ порядкѣ (ст. 11—23, 96—99, 117—119, 125); для разрѣшенія вопросовъ, указанныхъ въ этихъ статьяхъ, нѣтъ надобности обращаться къ ст. 87, ибо они не „требуютъ обсужденія въ законодательномъ порядкѣ". Во 2-хъ, не могутъ быть затронуты чрезвычайнымъ указомъ нѣкоторые спеціально отъ него огражденные законы, образующіе своеобразную *систему защищенныхъ нормъ*: это—Осн. Законы, постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или Думу и Учрежденія Совѣта или Думы. Изъ этихъ двухъ опредѣленій, положительнаго и отрицательнаго, намѣчается, съ одной стороны, кругъ вопросовъ, кои могутъ быть затронуты въ порядкѣ ст. 87, съ другой—объемъ вопросовъ, для рѣшенія коихъ ст. 87 не предназначена и не должна быть примѣнена.

По отношенію къ вопросамъ, разрѣшимымъ въ порядкѣ указномъ, возникаетъ вопросъ, какой смыслъ слѣдуетъ придавать выраженію „не должна быть примѣнена": значитъ ли оно, что эти вопросы могутъ быть разрѣшены въ порядкѣ указномъ, и постольку правительство *не обязано* обращаться къ порядку ст. 87,—или же, что они обязательно должны быть разрѣшены въ порядкѣ указномъ, и постольку у правительства *нѣтъ права* на ихъ разрѣшеніе въ порядкѣ ст. 87? Въ литературѣ мы находимъ два противоположныхъ отвѣта на этотъ вопросъ. Съ одной стороны,

---

[1]) Бар. *Нольде*, 60; *Лазаревскій*, 441.

бар. *Нольде* [1]) (58—61) полагаетъ, что разъ Осн. Законы установили для опредѣленныхъ вопросовъ путь указный, то тѣмъ самымъ сказано, что они не могутъ быть разрѣшены въ порядкѣ ст. 87, ибо этотъ порядокъ созданъ для вопросовъ законодательныхъ, а не указныхъ: „содержаніемъ чрезвычайнаго указа *не должно быть* установленіе какихъ-либо нормъ, которыя могутъ быть установлены въ обычномъ указномъ порядкѣ“ или опредѣлено: „обращеніе къ чрезвычайному указу *неправильно*, когда вопросъ, подлежащій разрѣшенію, можетъ быть разрѣшенъ обыкновеннымъ указомъ, *и лишь тогда*, когда требуется для рѣшенія его законъ, можно обращаться къ указу въ порядкѣ 87 ст.“ (61). Напротивъ, *Н. И. Лазаревскій* (173—175) доказываетъ, что во 1-хъ, вопросы, составляющіе предметы указной дѣятельности, могутъ быть разрѣшены и въ законодательномъ порядкѣ и что, во 2-хъ, точно также, вопросы, для рѣшенія которыхъ достаточно простого указа, могутъ быть разрѣшены и указомъ чрезвычайнымъ. „Верховными актами государства признаютъ акты законодательные. Все то, что можетъ быть совершено актомъ власти подзаконной, можетъ быть совершенно и въ формѣ акта власти высшей, законодательной“; слѣдовательно, монархъ можетъ „издать то или иное постановленіе съ согласія палатъ, т. е. въ формѣ закона, хотя бы онъ могъ его издать, и не спрашивая ихъ мнѣнія въ формѣ указа“. Что касается нашихъ учрежденій, то эта возможность прямо предусмотрѣна п. 7 ст. 31 Учр. Гос. Думы, въ силу коего „Вѣдѣнію Гос. Думы подлежатъ... дѣла, вносимыя на обсужденіе Гос. Думы по особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ“, безъ всякихъ ограниченій. Точно также: „если Государь можетъ издать тотъ или иной указъ безъ того, чтобы онъ потомъ представлялся на разсмотрѣніе Думы, то что же ему мѣшаетъ издать тотъ же указъ, но въ порядкѣ ст. 87, т. е. съ тѣмъ, чтобы онъ былъ представленъ Думѣ и Гос. Совѣту и утратилъ силу въ случаѣ неодобренія однимъ изъ этихъ учрежденій“.

Намъ кажется этотъ взглядъ и точка зрѣнія, изъ коей онъ исходитъ, вѣрными. Мы жалѣемъ, что не можемъ противопоставить имъ аргументы противоположной точки зрѣнія, отстаиваемой бар. *Нольде*, чтобы выяснить ея основанія и юридическій смыслъ. Независимо отъ этого, разсмотримъ юридическіе принципы, изъ которыхъ можетъ исходить противоположный взглядъ. Они могутъ

---

[1]) См. также *Н. И. Паліенко*, 64—67.

быть выражены въ слѣдующихъ положеніяхъ. Существенное отличіе развитаго правового строя отъ абсолютистскаго заключается въ томъ, что всякое лицо, обладающее *властью*, осуществляетъ ее не какъ личную привилегію, которая можетъ быть использована въ любомъ направленіи, а какъ правовое полномочіе, для котораго установлены закономъ опредѣленныя границы; властью пользуются на основѣ не частнаго права, допускающаго отказъ отъ пользованія правомъ, а на основѣ публичнаго права, гдѣ бездѣйствіе власти есть такое же правонарушеніе, какъ и ея превышеніе. Власть принадлежитъ не лицу, а органу; слѣдовательно, акты власти суть не индивидуально-свободныя дѣйствія лица, а государственно-правовыя функціи органа. Въ силу этого, *право* органа,— поскольку оно покоится на законѣ прецептивномъ,—является его *обязанностью*, и постольку отказъ *лица* отъ пользованія своими правами-обязанностями ничего не измѣняетъ въ строеніи функцій самаго органа и на будущее время не создаетъ никакихъ обязывающихъ моментовъ въ отношеніи даннаго органа къ другимъ, ибо отказъ органа отъ пользованія своими правами-обязанностями, даже когда не является злоупотребленіемъ, является упущеніемъ, иногда на границѣ съ бездѣйствіемъ, и, какъ таковое, какъ упущеніе или умаленіе власти, не можетъ быть разсматриваемо, какъ актъ правомѣрный. Съ этой точки зрѣнія, отказъ правительства отъ пользованія указнымъ порядкомъ, предустановленнымъ Основн. Законами для рѣшенія извѣстныхъ вопросовъ, какъ отказъ органа отъ пользованія своими конституціонными правами, которыя въ то же время являются его публично-правовыми обязанностями, явился бы неправильнымъ, и въ такой же мѣрѣ неправильно обращеніе къ ст. 87 для рѣшенія вопросовъ, которые могутъ быть разрѣшены въ порядкѣ указномъ.

Изложенныя соображенія, правильныя сами по себѣ, нуждаются однако, по отношенію къ данному вопросу, въ существенныхъ поправкахъ. Во 1-хъ, конструкція монархической власти, какъ функціи органа, не можетъ быть цѣлостно проведена въ современныхъ монархіяхъ, въ которыхъ такъ сильны еще переживанія того, что англичане называютъ „королевской прерогативой", т. е. могущественные элементы до-конституціонной власти монарха, перенесенные въ среду новыхъ учрежденій, политически въ нихъ нерастворенные и съ ними несогласованные, каковы, напримѣръ, ст. 14, 96—97 нашихъ Осн. Законовъ. Во 2-хъ, то положеніе, что право органа есть его обязанность, безспорно лишь для права

прецептивнаго, т. е. для осуществленія котораго намѣченъ *одинъ* опредѣленный путь, но не для *права диспозитивнаго*, осуществляемаго *не однимъ только путемъ* или осуществленіе коего предоставлено вообще усмотрѣнію органа власти. Что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло именно съ диспозитивнымъ правомъ, подтверждается приведеннымъ п. 7 ст. 31 Учр. Гос. Думы, въ силу коего вѣдѣнію Гос. Думы подлежатъ всѣ вообще дѣла, вносимыя на ея обсужденіе по волѣ Государя, для которой въ этомъ отношеніи ни здѣсь, ни въ иномъ мѣстѣ никакихъ ограниченій не установлено; слѣдовательно, данное право Государя можетъ быть осуществлено тѣмъ путемъ, который ему будетъ намѣченъ усмотрѣніемъ Государя. (Ср. также ст. 16 Учр. Сов. Мин.) [1]). Въ 3-хъ, дѣйствительно, внесеніе на разсмотрѣніе Гос. Думы какого-нибудь конкретнаго вопроса въ предѣлахъ ст. 11—23 и др. *не можетъ* измѣнить *конструкцію* тѣхъ правомочій, которыя построены на основаніи этихъ статей. Но эта конструкція и *не колеблется* передачей на разсмотрѣніе Гос. Думы *конкретныхъ* дѣлъ, указанныхъ въ ст. 11—23 и др. и рѣшеніе коихъ является правомъ монарха. Правомочія, основанныя на ст. 11—23, по прежнему, остаются въ силѣ, но данный вопросъ, разъ онъ былъ разрѣшенъ въ порядкѣ законодательномъ, не можетъ быть уже перерѣшенъ въ порядкѣ этихъ статей, т. е. въ порядкѣ указномъ, ибо, пройдя законодательный путь и ставъ законами, постановленія, касающіяся этого вопроса, вступаютъ подъ защиту ст. 94, въ силу коей законъ можетъ быть отмѣненъ только закономъ, но не указомъ. Правовая связанность Государя въ отношеніи другихъ указныхъ вопросовъ, разрѣшенныхъ въ законодательномъ порядкѣ, также юридически обоснована: во 1-хъ, ст. 94-й; во 2-хъ, тѣмъ, что законодательный порядокъ ихъ разрѣшенія, какъ не противорѣчащій закону, не можетъ быть разсматриваемъ ни какъ упущеніе, ни какъ умаленіе правъ монарха, и потому послѣдствія,

---

[1]) Бѣглыя замѣчанія о неизслѣдованной еще въ публичномъ правѣ природѣ диспозитивныхъ нормъ у *Еллинека*, Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія, Спб., 1907 г., стр. 37—38.—Вообще, принципъ *обязательной двусторонности* публично-правовыхъ полномочій органа, которыя обычно въ то же время являются его обязанностями, въ рядѣ случаевъ непримѣнимъ и сталкивается съ изъятіями, установленными тѣмъ или инымъ національнымъ правомъ; не малое значеніе имѣетъ здѣсь растущее значеніе *власти усмотрѣнія*, какъ тенденція, проявляющаяся во многихъ областяхъ современной государственной жизни.

вытекающія изъ проведенія акта въ законодательномъ порядкѣ, не могутъ быть поколеблены ни въ законныхъ своихъ основаніяхъ, ни въ ихъ дѣйственной силѣ.

Такимъ образомъ, анализируемый фрагментъ ст. 87: „мѣра, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ..." означаетъ, что Государь можетъ единоличной властью одобрить мѣры, на принятіе коихъ при нормальныхъ обстоятельствахъ *необходимо* изданіе *закона*. Но такъ какъ Государь можетъ всякій вопросъ, отнесенный къ его единоличной компетенціи передать на разсмотрѣніе Госуд. Думы, то онъ можетъ всякій вопросъ, подлежащій разрѣшенію въ простомъ указномъ порядкѣ, разрѣшить въ порядкѣ ст. 87, разъ наступили чрезвычайныя обстоятельства и нѣтъ Гос. Думы: такой порядокъ означалъ бы, что Государь желалъ подвергнуть данную мѣру разсмотрѣнію Гос. Думы, но такъ какъ занятія ея прекращены, и онъ этого сдѣлать не можетъ, онъ откладываетъ внесеніе этого вопроса на обсужденіе Гос. Думы, до возобновленія ея занятій и для этого пользуется пока порядкомъ ст. 87, а не простымъ указнымъ. Если вообще признавать право Государя сужать объемъ своихъ функцій, какъ „Верховной Исполнительной Власти", путемъ расширенія объема своей дѣятельности, какъ главы законодательной власти, т. е. допускать, что Государь можетъ предуказать для отдѣльныхъ *указныхъ* вопросовъ порядокъ *законодательный*, то не можетъ быть для тѣхъ же вопросовъ закрытъ путь *чрезвычайно-указный*, какъ путь, который во всякомъ случаѣ ближе къ простому указному порядку, чѣмъ путь законодательный. Слѣдуетъ думать, что если Государь можетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ ограничивать свое право главы исполнительной власти такъ значительно, какъ это имѣетъ мѣсто при передачѣ вопроса на разрѣшеніе Гос. Думы и Гос. Совѣта, то à fortiori слѣдуетъ заключить, что онъ можетъ его ограничить и менѣе значительно—путемъ допущенія *лишь послѣдующаго контроля* Гос. Думы и Гос. Совѣта надъ мѣрой, [1]) практически уже проведенной въ жизнь и нуждающейся въ ихъ санкціи лишь для дальнѣйшаго своего существованія. Слова: „требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ" не могутъ быть поняты, какъ ограничительное выраженіе, т. е., что мѣра *не требующая* обсужденія въ законодательномъ порядкѣ, не можетъ быть издана по ст. 87: этимъ выраженіемъ устанавливается

[1]) *Н. И. Лазаревскій*, 174.

максимальный предѣлъ чрезвычайно-указной дѣятельности, т. е. ст. 87 является отступленіемъ не только отъ того положительнаго начала, что законодательная мѣра не можетъ быть издана безъ Гос. Думы и Гос. Совѣта (ст. 86), но и отъ его отрицательнаго слѣдствія, въ силу коего *указъ не можетъ разрѣшать вопросовъ законодательнаго значенія*. Но—какъ бы ограничиваетъ эту мысль ст. 87—въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ и во время прекращенія занятій Гос. Думы, указъ *можетъ* разрѣшать вопросы, *даже* нуждающіеся въ законодательной санкціи. О мѣрахъ, кои не требуютъ обсужденія въ законодательномъ порядкѣ, не говорится потому, что онѣ въ порядкѣ ст. 87, какъ болѣе сложномъ и менѣе удобномъ, *не нуждаются*, а не потому, что онъ для нихъ закрытъ. Итакъ, въ порядкѣ ст. 87 могутъ быть изданы мѣры, для которыхъ нормально *необходимо* изданіе закона или *достаточно* изданія указа.

Что касается матеріально-правовой стороны вопроса, то доктрина и практика сходятся въ признаніи, что чрезвычайный указъ можетъ быть и актомъ нормотворчества и актомъ управленія, что его содержаніемъ можетъ быть и конкретная мѣра и установленіе правовой нормы [1]).

III. Система защищенныхъ нормъ. Области права, которыя безусловно не могутъ быть затронуты въ порядкѣ ст. 87, указаны въ словахъ: „Мѣра эта не можетъ, однако вносить измѣненій ни въ Осн. Госуд. Законы [2]), ни въ Учрежденія Гос. Совѣта или Гос. Думы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или въ Думу“ [3])

---

1) *Еллинекъ* (Gesetz und Verordnung, 378): „Da die Notverordnung ein formelles Gesetz zu ersetzen bestimmt ist, so kann ihr Inhalt sowohl in der Anordnung von Rechtssätzen, als von Verwaltungsakten bestehen; sie kann materiell entweder Rechts-oder Verwaltungs-Verordnung sein“. Вопреки *Лабанду*, полагавшему, что всякій чрезвычайный указъ матеріально является закономъ, *H. Gmelin* 90: „По природѣ своей чрезвычайный указъ является главнымъ образомъ нормотворческимъ указомъ; онъ можетъ однако содержать въ себѣ и нормы управленія, поскольку въ нормальныхъ обстоятельствахъ установленіе этихъ нормъ прямо предоставлено парламенту“.

2) Бар. *Нольде*: „Подъ основными законами слѣдуетъ разумѣть: 1) актъ 23 апрѣля 1906 г. и 2) тѣ статьи прежнихъ осн. законовъ, которыя, на основаніи ст. 24 акта 23 апрѣля 1906 признаны таковыми“, съ изъятіемъ, установленнымъ ст. 125-й Осн. Зак. 1906 г.

3) Нельзя признать это выраженіе удачнымъ въ редакціонномъ отношеніи. „Постановленіями“ являются и *указы*, а не только законы; слѣдовательно, изъ буквальнаго и точнаго смысла этого выраженія можно было бы сдѣлать заключеніе, что если выборовъ когда-нибудь коснулся указъ, хотя бы

Огражденіе Осн. Законовъ отъ чрезвычайно-указнаго порядка, по словамъ *Коркунова* (Указъ и законъ, 277), „какъ-бы логически вытекаетъ изъ самаго понятія чрезвычайнаго указа. Это указъ, имѣющій силу закона: поэтому онъ не можетъ имѣть больше силы, чѣмъ обыкновенный законъ, не можетъ измѣнять конституціи". Въ томъ же смыслѣ бар. *Нольде* (58): „Такое правило является какъ бы юридическимъ трюизмомъ, ибо разъ обычный законъ не можетъ измѣнить закона основного, то ясно, что и суррогатъ обычнаго закона не можетъ сдѣлать этого".

Напротивъ, огражденіе Учрежденій Гос. Совѣта и Гос. Думы, а также избирательныхъ законовъ въ Совѣтъ и Думу, отъ измѣненія ихъ въ порядкѣ ст. 87, не можетъ разумѣться само собою и не является такимъ конститутивнымъ ограниченіемъ чрезвычайно-указнаго права, какъ запрещеніе касаться Осн. Законовъ; въ различныхъ конституціяхъ этому ограниченію соотвѣтствуетъ рядъ аналогичныхъ, но не всегда тождественныхъ запрещеній. Такъ, чрезвычайный указъ не можетъ касаться законовъ о выборахъ [1]) (Саксонія 88); не можетъ относиться къ установленію

въ порядкѣ ст. 11 Осн. Зак., то онъ не можетъ быть отмѣненъ указомъ чрезвычайнымъ, что́ едва ли имѣли въ виду авторы ст. 87 и что́ нельзя было бы признать правильнымъ. Высказываясь по другому поводу о терминѣ „постановленіе", *Н. И. Лазаревскій*, наоборотъ, находитъ, что онъ „примѣняется въ нашемъ законодательствѣ къ актамъ административнымъ, а не законодательнымъ" (212), съ чѣмъ согласиться также трудно: достаточно указать на ст. 83 и 92 Осн. Зак., а также на ст. 87, гдѣ „постановленія" означаютъ именно „законы".

[1]) То же, какъ сказано, въ Россіи. Манифестъ 3 іюня 1907 г., сопровождавшій измѣненіе избирательнаго закона, ссылался, какъ извѣстно, не на ст. 87, а на историческую прерогативу; самый порядокъ изданія „Положенія о выборахъ" 3 іюня названъ въ манифестѣ *„необычнымъ законодательнымъ путемъ"*. Значеніе акта 3 іюня было достаточно твердо установлено въ юридической литературѣ, чтобы здѣсь подвергать его анализу. Со стороны правительства и при одобреніи центра, онъ былъ истолкованъ въ засѣданіи Гос. Думы 16 ноября 1907 г. *Предсѣдатель совѣта министровъ*: „Проявленіе Царской Власти во всѣ времена показывало также воочію народу, что историческая Самодержавная Власть (бурныя рукоплесканія и возгласы справа: браво) историческая Самодержавная Власть и свободная Воля Монарха являются драгоцѣннѣйшимъ достояніемъ русской государственности, такъ какъ единственно эта Власть и эта Воля, создавъ существующія установленія и охраняя ихъ, призвана въ минуту потрясеній и опасности для государства къ спасенію Россіи и обращенію ея на путь порядка и исторической правды (бурныя рукоплесканія и возгласы: браво, въ центрѣ и справа)". „Я обойду мимо тѣ попреки, которые тутъ раздавались слѣва относительно акта 3 іюня. Не мнѣ конечно, защищать право Государя

налоговъ и государственныхъ сборовъ (Болгарія 48); не можетъ повлечь за собою отчужденія государственнаго имущества и установленія длящихся обязательствъ для казны (Австрія § 14); не можетъ измѣнять компетенцію суда присяжныхъ и отмѣнять гарантіи личной свободы (Вальдекъ § 7); не можетъ касаться предметовъ, цѣликомъ отнесенныхъ къ имперской компетенціи (Баварія Pol.-Str.-Ges. B. Art. 9: „welche durch das Reichsrecht erschöpfend geregelt sind"); не можетъ затрагивать вопросовъ, для рѣшенія которыхъ конституція прямо требуетъ участія ландтага, въ ст. 65, 94, 95, 107 (Пруссія) [1]).

Можно ли обнять всю эту разнородную массу защищенныхъ нормъ однимъ принципомъ, который объяснилъ бы, почему именно эти вопросы изъяты изъ сферы примѣненія чрезвычайнаго указа и образуютъ какъ бы *неприкосновенную массу* дѣйствующаго права. Бар. *Нольде* справедливо отвергаетъ принципъ особой важности этихъ вопросовъ, какъ смыслъ созданія системы неприкосновенныхъ нормъ, и полагаетъ, что дѣйствительнымъ основаніемъ неприкосновенности этихъ нормъ является „непоправимость" тѣхъ, измѣненій, которыя могутъ быть произведены чрезвычайнымъ указомъ. Такъ, избирательные законы не могутъ быть измѣнены въ порядкѣ ст. 87 потому, что „всякій чрезвычайный указъ подлежитъ провѣркѣ законодательныхъ учрежденій, какъ только они соберутся", но „собравшійся на основаніи изданнаго въ чрезвычайномъ указномъ порядкѣ избирательнаго закона парламентъ будетъ уже не тѣмъ народнымъ представительствомъ, какимъ былъ парламентъ предшествующій": чрезвычайный указъ не получитъ необходимаго ему авторитета, и временный его характеръ будетъ въ корнѣ подорванъ. То же и съ отчужденіемъ государственныхъ

спасать въ минуты опасности ввѣренную Ему Богомъ державу (рукоплесканія въ центрѣ и справа)". Стен. Отч. III Гос. Думы, I сес. 1907, зас. 7-е, стр. 312, 350.—О юридической силѣ чрезвычайнаго указа, коснувшагося нормъ, отъ него огражденныхъ, *Zolger*, 288.

[1]) Послѣдній пунктъ является спорнымъ: споръ Гербера и Шульце у *G. Cahen*, p. 323; *Ad. Arndt*, Wann verstösst der Inhalt einer Notverordnung gegen die preussische Verfassungsurkunde, Archiv für off. Recht, Freiburg. 1888, IV, 1, 438—456. Практика въ Пруссіи иногда съ этимъ принципомъ не считается: такъ, въ 1863 году правительство издало указъ о свободѣ печати, хотя въ силу ст. 27[2] конституціи „ограниченіе свободы печати можетъ быть установлено только законодательнымъ путемъ". Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что это былъ періодъ военно-бюджетнаго конфликта (1862—66) между короной и палатами и то, что тогда имѣло мѣсто, не можетъ служить мѣриломъ права вообще.

имуществъ, которое не возвратно, даже если палаты его не одобрятъ.

Какъ бы ни были сами по себѣ справедливы эти соображенія, не въ нихъ можно найти „центръ тяжести“ вопроса; во всякомъ случаѣ, они не отвѣчаютъ на многое, что подлежитъ здѣсь объясненію. Въ самомъ дѣлѣ, по существу, всѣ мѣры, принятыя въ порядкѣ ст. 87, непоправимы и невозвратны, поскольку онѣ, до возобновленія занятій законодательнаго собранія, вызвали извѣстныя послѣдствія и достигли извѣстныхъ результатовъ, поскольку, къ моменту возобновленія занятій парламента, уже имѣется нѣкоторый *наличный эффектъ дѣйствія* чрезвычайнаго указа: еслибы этого не было, еслибы чрезвычайные указы не стремились произвести *немедленный* и рѣшительный эффектъ, они перестали бы быть неотложными, и, утративъ эту необходимую и законную презумпцію, не могли бы быть изданы. Между тѣмъ всякій результатъ, достигнутый мѣрой, является невозвратнымъ, поскольку контроль палатъ имѣетъ силу лишь на будущее время, а прошлое не можетъ стать инымъ отъ того, что стремятся уничтожить его силу въ интересахъ настоящаго. Могутъ ли быть поправимы тѣ приговоры, кои вынесены на основаніи Высочайше утв. полож. Совѣта Министровъ объ учрежд. военно-полевыхъ судовъ 19 августа 1906 г. и аналогичнаго положенія 18 августа 1906, изданнаго „въ видѣ временной мѣры“? Но не только такіе важные акты, измѣняющіе характеръ и размѣры уголовной отвѣтственности за преступныя дѣянія, непоправимы въ ихъ послѣдствіяхъ. Существуютъ акты, хотя и менѣе важные, но непоправимая природа коихъ не подлежитъ сомнѣнію,— тѣмъ не менѣе они могутъ быть изданы въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ не только у насъ, но и въ другихъ государствахъ, допускающихъ право и практику чрезвычайнаго указа. Трудно, напр., оспаривать право правительства продлить въ порядкѣ ст. 87 сроки протеста векселей, по случаю стихійнаго бѣдствія или массовыхъ безпорядковъ, если эти явленія дѣйствительно „разстроили правильное теченіе торгово-промышленной жизни“, какъ это было сдѣлано, но не въ закономѣрной формѣ (простымъ, а не чрезвычайнымъ указомъ) по отношенію къ Сызрани и Сѣдлецу указами 25 августа 1906 и 3 сентября 1906 г.

Между тѣмъ дѣйствіе такого чрезвычайнаго указа едва ли было бы поправимо даже въ томъ случаѣ, если бы протестъ былъ отсроченъ за самое короткое время до созыва Гос. Думы; тѣмъ труднѣе говорить о поправимости этихъ актовъ, если дѣйствіе

ихъ ограничивалось промежуткомъ въ 2 мѣсяца и было исчерпано задолго до созыва второй Гос. Думы (20 февраля 1907). Такимъ образомъ, непоправимость по отношенію къ результатамъ дѣйствія чрезвычайныхъ указовъ должна быть признана логически неизбѣжнымъ ихъ свойствомъ, коренящимся въ самой ихъ юридической природѣ. Что же касается непоправимости дѣйствія чрезвычайнаго указа на будущее время, т. е. невозможности аннулировать дѣйствіе чрезвычайнаго указа на будущее время, то едва ли дѣйствительно являются непоправимыми *всѣ* тѣ мѣры, которыя не могутъ коснуться системы нормъ, неприкосновенныхъ для чрезвычайно-указной дѣятельности. Такъ, Болгарская конституція запрещаетъ, какъ мы видѣли, вводить налоги и государственные сборы въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ; можно ли назвать такую мѣру непоправимой въ томъ смыслѣ, что она не можетъ быть ослаблена, парализована или даже уничтожена на будущее время. Конечно, нѣтъ: налоги или государственные сборы могутъ быть короткое время между сессіями взимаемы, и собранная палата, если признаетъ ихъ излишними или тягостными, отмѣнитъ ихъ, и постольку здѣсь нѣтъ ничего непоправимаго; что же касается того, что мѣра, раньше чѣмъ была отмѣнена, уже создала нѣкоторыя непоправимыя послѣдствія, то это—свойство всякой мѣры, даже нормальной указной, а не только матерьяльно-законодательной, какою обычно является мѣра, изданная въ порядкѣ ст. 87.

Но если всякій чрезвычайный указъ влечетъ за собою непоправимые результаты, созданные за время его дѣйствія, то относительно *всѣхъ* ихъ, а не только тѣхъ, которые не могутъ коснуться системы защищенныхъ нормъ,—должно дѣйствовать правило *недопустимой безвозвратности ихъ на будущее время*. Чрезвычайный указъ, который настолько предрѣшаетъ стоящій предъ нимъ вопросъ, что это рѣшеніе *связываетъ палаты на будущее время*, несомнѣнно нарушаетъ границы, установленные для чрезвычайно-указнаго права: послѣдующій контроль палатъ становится безполезнымъ, а повѣрка указа—безрезультатной. Въ силу этого, недопустимы въ чрезвычайномъ указѣ длящіяся обязательства государственной казны, обременяющія ее на долгое время, *хотя бы объ этомъ особо и не упоминалось* въ системѣ защищенныхъ нормъ; по той же причинѣ недопустимо творчество въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ нормъ *соціальнаго законодательства*, затрагивающихъ существующія классовыя отношенія или формы соціально-экономическаго быта. Неправильно однако сужать это правило недопу-

стимой безвозвратности — до примѣненія ея къ одной только системѣ защищенныхъ нормъ. Это правило имѣетъ силу по отношенію ко всѣмъ вопросамъ, затрагиваемымъ чрезвычайнымъ указомъ, т. е. даже когда онъ не вторгается въ „запретную сферу" и остается *въ предѣлахъ доступной ему сферы дѣйствія*. Что же касается системы защищенныхъ нормъ, то для нея этого объясненія недостаточно.

Намъ кажется, что существо вопроса надо искать въ иныхъ задачахъ, преслѣдуемыхъ системой защищенныхъ нормъ. Если даже допустить, что Основные Законы ограждены отъ ст. 87 потому, что они вообще являются нормами квалифицированной прочности, если даже допустить это основаніе для охраны Осн. Законовъ, то придется искать другого, особаго основанія для охраны остальныхъ нормъ, входящихъ въ составъ *неприкосновенной массы* (непоправимость ихъ измѣненій, по мнѣнію бар. Нольде). Но тогда остается открытымъ вопросъ: каковъ же общій смыслъ неприкосновенности и тѣхъ и другихъ? Или его нѣтъ, и между обѣими областями нѣтъ ничего общаго, кромѣ того, что ихъ обѣихъ не можетъ коснуться чрезвычайный указъ? Исходная точка для рѣшенія этого вопроса заключается въ томъ, что Основные Законы и остальныя, охраняемыя наравнѣ съ ними нормы, являются столь рѣшающей основой конституціоннаго порядка, что ихъ нарушеніе *грозитъ поколебать существующія отношенія государственныхъ силъ*, измѣнить установленное въ законѣ отношеніе между основными элементами государственной власти, что всѣ эти нормы составляютъ т. н. *матеріальное конституціонное право*. Квалифицированная прочность всѣхъ вообще дарованныхъ конституцій объясняется тѣмъ, что монархъ, октроируя конституцію, стремится затруднить ея измѣненія, направленныя на дальнѣйшее ограниченіе его прерогативы, т. е. оградить свои права отъ посягательствъ со стороны другихъ властей въ государствѣ. Въ такомъ случаѣ, огражденіе конституціи и равныхъ ей по значенію нормъ отъ чрезвычайноуказнаго порядка имѣетъ *обратное* значеніе, значеніе успокоительной для общества гарантіи прочности новыхъ учрежденій, обѣщанія, что новый строй ни при какихъ условіяхъ не можетъ быть поколебленъ въ своемъ основаніи, т. е. въ основныхъ своихъ законахъ и равныхъ имъ по значенію нормахъ, даже въ отсутствіе народно-представительныхъ учрежденій. Отнынѣ, какъ бы гласитъ ст. 87, никакой единоличный актъ верховной власти, будь то въ виду чрезвычайныхъ обстоятельствъ или крайней необходимости,

не можетъ поколебать правовой и дѣйственной мощи новыхъ учрежденій: вызванныя къ жизни юридически-свободной волей монарха, они продолжаютъ свое существованіе одной лишь волею закона. Съ этой точки зрѣнія, чрезвычайно-указное право не только не есть „законное нарушеніе конституціи“ (Hansel: „legaler Verfassungsbruch“), но, напротивъ, всякая статья, нормирующая это право, есть какъ бы *своеобразная форма присяги на вѣрность конституціи.*

Итакъ, основной смыслъ установленія системы защищенныхъ нормъ—дать гарантіи непоколебимости существующихъ отношеній государственныхъ силъ. Понятно, съ этой точки зрѣнія, что въ первую голову охраняется отъ чрезвычайныхъ указовъ сама конституція, какъ юридически-рѣшающая основа, на которой покоится отношеніе между основными элементами новыхъ учрежденій. Далѣе, исходя изъ того же основанія—непоколебимости существующаго отношенія государственныхъ силъ—охраняются, наряду съ конституціей, тѣ законы, которые имѣютъ *конституціонное значеніе*; напр., избирательные законы, — спеціально охраняемые конституціей Саксоніи (§ 88), нашими Осн. Законами (ст. 87) и конституціями нѣкоторыхъ германскихъ государствъ, — въ другихъ странахъ входятъ въ самый конституціонный актъ: цѣликомъ, какъ въ Даніи (ст. 29—40) или главной частью, какъ въ Австріи (§§ 6—8 Осн. Закона 1867 г) и Баденѣ (26—44). Такимъ образомъ, сравнительное изученіе текстовъ конституцій показываетъ, что избирательный законъ имѣетъ значеніе основного, конституціоннаго закона, и постольку охраняется, въ отношеніи къ ст. 87, наравнѣ съ конституціей. Необходимо обратить вниманіе на то, что возможность измѣненія избирательнаго закона въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ противорѣчила бы основному смыслу этого порядка: послѣдующій контроль палатами изданныхъ мѣръ былъ бы извращенъ въ самомъ своемъ основаніи, такъ какъ правительство какъ бы само себѣ назначило бы ревизіонную инстанцію, и результаты ея контролирующей дѣятельности были бы предрѣшены уже самымъ характеромъ измѣненнаго состава палатъ, собранныхъ на основаніи новаго избирательнаго закона. Такое же значеніе, значеніе противоконституціонныхъ актовъ имѣли бы указы, установляющіе новые налоги во время прекращенія занятій палатъ. Дѣйствительно, нѣтъ никакого сомнѣнія, что установленіе въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ налоговъ и государственныхъ сборовъ, запрещаемое Болгарской конституціей, могло бы явиться источникомъ

безконтрольнаго распоряженія правительства, во время роспуска народнаго собранія, государственными расходами, и постольку могло бы на время сдѣлать его независимымъ отъ народнаго собранія въ неизмѣримо-бо́льшей степени, чѣмъ то установлено конституціей, т. е. такимъ образомъ было бы измѣнено то отношеніе между парламентомъ и правительствомъ, которое лежитъ въ основѣ даннаго конституціоннаго порядка. То же слѣдуетъ сказать о запрещеніи отчуждать государственныя имущества (§ 14 Австр. осн. закона 1867): смыслъ этого запрещенія въ томъ, что отчужденіе государственныхъ имуществъ, безъ согласія парламента, даетъ правительству возможность въ короткое время значительно увеличить свои силы и въ то же время надолго ослабляетъ контрольныя функціи парламента въ сферѣ бюджетнаго права. Точно такъ же ослабляется значеніе парламента, благодаря продолжительному обремененію государственнаго казначейства: оно можетъ имѣть мѣсто либо вслѣдствіе громадныхъ затратъ, совершенныхъ въ порядкѣ чрезвычайнаго указа, либо благодаря прямому займу, осуществленному въ томъ же порядкѣ; обремененіе государственнаго казначейства, создавая обязательства казны по отношенію къ третьимъ лицамъ, не можетъ быть опротестовано парламентомъ; въ то же время, благодаря этому, умаляется роль и значеніе парламента въ отношеніи къ правительству, такъ какъ теперь отъ парламента зависитъ соотвѣтственно меньшая часть бюджетныхъ назначеній и соотвѣтственно большую часть ихъ онъ вынужденъ въ теченіе многихъ послѣдующихъ лѣтъ одобрять даже вопреки своему желанію; постольку парламентъ былъ бы принужденъ играть роль учрежденія, скрѣпляющаго акты, на измѣненіе которыхъ оно не имѣетъ дѣйствительнаго права, что́ очевидно не соотвѣтствуетъ его юридическому положенію въ системѣ государственныхъ учрежденій, какъ оно выражено въ конституціи.

До сихъ поръ мы разсматривали нормы, коихъ даже временное или единичное нарушеніе грозитъ ослабить на болѣе или менѣе продолжительное время права, вліяніе и авторитетъ парламента или создать новые рессурсы для усиленія правительственной власти. Если, такимъ образомъ, въ основѣ этихъ запрещеній лежитъ стремленіе охранить отъ глубокихъ колебаній установленное въ законѣ отношеніе между парламентомъ и правительствомъ, то въ основѣ другихъ запрещеній лежитъ обѣщаніе сохранить это отношеніе въ другихъ областяхъ совмѣстной дѣятельности органовъ общества и правительства; такъ охра-

пяется отношеніе между общественнымъ и коронным элементами судебной власти и запрещается измѣнять въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ компетенцію суда присяжныхъ (Вальдекъ, 7).

Здѣсь нѣтъ мѣста для подробнаго выясненія всей неправильности противоположенія общества правительству, антитезы исторически-условной и соціологически-ошибочной. Здѣсь достаточно указать, что оно покоится на рѣзкой противоположности управляющихъ и управляемыхъ, свойственной абсолютизму, что всюду, гдѣ государственное развитіе стремится уничтожить эту пропасть между тѣми и другими, гдѣ управляющіе являются подданными законовъ, которые ими создаются, а управляемые становятся участниками въ творчествѣ законовъ, которымъ подчиняются, — тамъ противоположеніе общества правительству, или даже государству, съ каждымъ шагомъ развитія лишается и той политической основы, на которой оно возникло, и того юридическаго значенія, которое ему навязано. Но иначе обстоитъ дѣло на первыхъ ступеняхъ развитія конституціонализма: тамъ живо и полно политическаго значенія противоположеніе власти обществу, тамъ сильны еще представленія о конституціи, какъ о результатѣ борьбы между обществомъ и властью, тамъ общественная природа государственной власти и государственная природа организованнаго общества представляются понятіями зачаточными и затемненными, и доминирующій тонъ всему конституціонному укладу даетъ именно противоположеніе общества и власти, изъ котораго единственно и можетъ быть объясненъ рядъ конституціонныхъ принциповъ и учрежденій. Естественно, что это противоположеніе яркими чертами проходитъ и чрезъ самый конституціонный актъ, что на основѣ историческаго недовѣрія между обществомъ и властью создаются, въ самомъ конституціонномъ актѣ, съ одной стороны — квалифицированная прочность Осн. Законовъ, т. е. защита монархической прерогативы отъ посягательствъ органа общества, парламента, а съ другой—присяга на вѣрность конституціи, т. е. обѣщаніе власти не посягать на права общества; и точно также, съ одной стороны—чрезвычайно-указное право, съ другой—одновременное обѣщаніе не пользоваться этимъ правомъ для ограниченія правъ общества, либо, какъ цѣлаго, въ лицѣ органовъ, его представляющихъ, либо въ лицѣ отдѣльныхъ его единицъ. Такъ создается ограниченіе чрезвычайно-указнаго права, въ видѣ обѣщанія монарха не усиливать правительственной власти или не ослаблять общества путемъ измѣненія компетенціи

суда присяжныхъ или отмѣны гарантій личныхъ правъ гражданъ. Что касается этихъ послѣднихъ, т. е. гарантій личной свободы, то конституціонное ихъ значеніе не подлежитъ сомнѣнію: будучи включены почти всюду въ самый конституціонный актъ, онѣ составляютъ одну изъ коренныхъ чертъ отличія конституціонной монархіи отъ абсолютной, въ которой нѣтъ рѣчи о субъективныхъ въ строгомъ смыслѣ правахъ личности по отношенію къ государству [1]). Наши Осн. Законы изд. 1906 г. заключаютъ въ себѣ новую, по сравненію съ Осн. Законами изд. 1892, главу „о правахъ и обязанностяхъ россійскихъ подданныхъ" (гл. VIII, ст. 69—83), перечисляющую индивидуальныя права, охраняемыя закономъ; такъ какъ ст. 87 не допускаетъ измѣненія Осн. Законовъ въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ, то не можетъ быть измѣнена, какъ общая норма, ни одна изъ этихъ статей [2]). Конституціонное значеніе Учрежденій Гос. Совѣта и Гос. Думы, которыхъ не можетъ коснуться чрезвычайный указъ, не возбуждаетъ сомнѣній: организація, функціи и права палатъ почти всюду опредѣляются конституціоннымъ закономъ [3]).

b. Формальныя условія изданія чрезвычайнаго указа.

1. Представленіе совѣта министровъ.

Обращаясь къ формальнымъ условіямъ изданія чрезвычайнаго указа, мы находимъ для нихъ въ текстѣ ст. 87 единственное указаніе: „Совѣтъ Министровъ представляетъ о ней (т. е. о мѣрѣ) Государю Императору непосредственно".

Такимъ образомъ, первымъ формальнымъ условіемъ для изданія чрезвычайнаго указа является „представленіе" всего совѣта

---

[1]) Мѣткую характеристику абсолютной монархіи, въ ея отношеніи къ индивидуальнымъ правамъ, даетъ *В. М. Гессенъ*, когда говоритъ, что въ правовомъ государствѣ власть и граждане связаны *правоотношеніемъ*, отношеніемъ субъекта къ субъекту; въ самодержавномъ государствѣ— *властеотношеніемъ*, отношеніемъ субъекта къ объекту. *В. М. Гессенъ*, Теорія правового государства, Сборникъ, стр. 137.

[2]) Даже „изъятія изъ дѣйствія изложенныхъ въ сей главѣ (VIII) постановленій въ отношеніи мѣстностей, объявленныхъ на *военномъ* положеніи или въ положеніи *исключительномъ*, опредѣлены *особыми законами*" (ст. 83 Осн. Зак.).

[3]) Каково юридическое значеніе чрезвычайнаго указа, коснувшагося системы защищенныхъ нормъ? *Zolger*, 388: такой указъ противорѣчитъ конституціи и юридически-ничтоженъ (verfassungswidrig und ungiltig).

министровъ, а не одного изъ членовъ кабинета, по иниціативѣ котораго принимается мѣра (что было бы достаточно для нѣкоторыхъ простыхъ указовъ). Слѣдовательно, мѣра, предположенная къ изданію въ порядкѣ ст. 87, должна быть, ранѣе поднесенія на утвержденіе Государя, обсуждена и принята совѣтомъ министровъ, отъ имени котораго предсѣдатель совѣта докладываетъ о ней Государю, какъ это требуется всѣми вообще „дѣлами, кои требуютъ Высочайшаго разрѣшенія“ (ст. 9 Учр. Сов. Мин. и п. 12 ст. 7: „Дѣла, указанныя въ ст. 87 и 116 Осн. Зак“...). Участіе совѣта министровъ въ обсужденіи мѣры имѣетъ смыслъ, какъ усиленіе гарантіи *цѣлесообразности* принятой мѣры и ея *согласованности* съ общимъ направленіемъ правительственной политики (Ст. 120 Осн. Зак.; мотивы указа 19 октября 1905 года: „всѣ министерства и главныя управленія составляютъ единое управленіе, и ни одно изъ нихъ не можетъ отдѣляться отъ другихъ ни въ видахъ управленія, ни въ общей его цѣли“). Кромѣ того, участіе всего совѣта министровъ въ обсужденіи предполагаемой мѣры соотвѣтствуетъ степени важности самой мѣры, которая, благодаря исключительнымъ условіямъ ея изданія и чрезвычайности обстоятельствъ, вызывающихъ необходимость въ ней, утрачиваетъ характеръ исключительно вѣдомственнаго вопроса, для рѣшенія котораго достаточно представленія одного лишь подлежащаго министра или главноуправляющаго, и возводится на степень вопроса *общегосударственнаго* значенія, которое ей присуще. Въ такомъ случаѣ, если эта „мѣра“ есть актъ законодательный, то непремѣнное ея разсмотрѣніе въ совѣтѣ министровъ конструировано по аналогіи съ тѣми актами, кои, подлежа вѣдѣнію Государственной Думы и Государственнаго Совѣта, „не могутъ быть вносимы въ сіи установленія безъ предварительнаго разсмотрѣнія въ совѣтѣ министровъ главныхъ основаній этихъ предположеній и существенныхъ ихъ частей“ (ст. 14 Учр. Сов. Мин.).

Въ силу тѣхъ же соображеній, участіе всего совѣта министровъ необходимо и въ рѣшеніи вопроса *о дальнѣйшей судьбѣ чрезвычайнаго указа* послѣ того, какъ занятія Государственной Думы возобновлены (бар. Нольде, 75). Согласно заключительной части статьи 87, указъ утрачиваетъ силу, если соотвѣтствующій ему законопроектъ не будетъ внесенъ въ Государственную Думу, до истеченія 2-хъ мѣсяцевъ со дня возобновленія ея занятій, подлежащимъ министромъ или главноуправляющимъ; однако здѣсь

указывается лишь лицо, обязанное *внести* законопроектъ, но не *рѣшать его судьбу*: слѣдуетъ думать, что мѣра, требующая для своего *принятія* участіе всего совѣта министровъ, не можетъ быть *уничтожена* волею одного изъ членовъ совѣта, и что, слѣдовательно, до истеченія 2-хъ мѣсяцевъ, вопросъ о дальнѣйшемъ существованіи мѣры долженъ быть поставленъ и обсужденъ въ совѣтѣ министровъ. Такъ рѣшается вопросъ для случаевъ, когда подлежащій министръ предполагаетъ законопроектъ въ Государственную Думу не вносить. Если же онъ намѣренъ его внести, то въ силу вступаетъ ст. 14 Учр. Сов. Мин., въ силу коей „предположенія главныхъ начальниковъ вѣдомствъ... по предметамъ законодательства, а также инымъ, подлежащимъ вѣдѣнію Государственной Думы и Государственнаго Совѣта, не могутъ быть вносимы въ сіи установленія безъ предварительнаго разсмотрѣнія въ Совѣтѣ Министровъ главныхъ основаній этихъ предположеній и существенныхъ ихъ частей“.

Неправильно видѣть въ этомъ участіи совѣта министровъ „существенное *формальное отличіе*“ чрезвычайныхъ указовъ отъ обыкновенныхъ указовъ, изданныхъ въ обычномъ порядкѣ управленія (бар. Нольде, 51). Въ дѣйствительности, *и обыкновенные* указы, проектируемые отдѣльными членами кабинета, если они имѣютъ обще-государственное значеніе, должны быть предварительно обсуждены въ совѣтѣ министровъ: въ силу ст. 15 Учр. Сов. Мин. *„никакая, имѣющая общее значеніе мѣра управленія*, не можетъ быть принята главными начальниками вѣдомствъ *помимо совѣта министровъ*“.

Характеръ и смыслъ приведеннаго постановленія устраняютъ также нужду, при выясненіи источниковъ обсуждаемаго требованія ст. 87, искать ихъ въ западно-европейскомъ правѣ (бар. Нольде, 51). Требованіе это, присущее почти всюду чрезвычайно-указному праву, имѣетъ на Западѣ, какъ это отмѣчаетъ и бар. Нольде, тотъ смыслъ, что имъ устанавливается коллективная, *государственно-правовая отвѣтственность* министерства за издаваемую мѣру. Такъ, конституція Саксоніи, устанавливая, что „министры коллективно отвѣтственны за дѣйствительную неотложность“ чрезвычайныхъ указовъ, опредѣляетъ, въ рядѣ статей, характеръ и размѣры этой отвѣтственности, которая, будучи спеціальной, государственно-правовой, можетъ перейти и въ общую, уголовную отвѣтственность предъ обыкновеннымъ судомъ; сами палаты составляютъ обвинительный матеріалъ и избираютъ половину членовъ государ-

ственнаго суда, который можетъ осудить и удалить отъ должности министра, виновнаго въ нарушеніи конституціи, причемъ король не можетъ его помиловать и т. д. и т. д. (§§ 141—151). Государственно-правовая отвѣтственность министровъ установлена и въ конституціонныхъ законахъ Австріи (Осн. Зак. 21 декабря 1867 года), Болгаріи (ст. 153—159), Пруссіи (ст. 61) и Черногоріи (ст. 111—116). Но у насъ участіе совѣта министровъ, имѣя весьма ничтожное на практикѣ значеніе отвѣтственности совѣта, имѣетъ другое гораздо болѣе важное значеніе гарантіи *цѣлесообразности и согласованности* мѣры съ общей политикой правительства, и постольку имѣетъ основаніе въ ст. 15 Учр. Сов. Мин., а не является простымъ заимствованіемъ изъ западнаго права, лишеннымъ однако того значенія, которое оно тамъ имѣетъ.

Послѣднія слова дѣйствительно могутъ быть отнесены къ постановкѣ у насъ отвѣтственности министровъ и, въ частности, за чрезвычайные указы, которая опредѣлена въ ст. 123 Осн. Зак. и есть не болѣе, какъ заимствованіе изъ французскаго права, лишенное, конечно, того значенія, которое оно имѣетъ въ республиканской Франціи [1]). „Предсѣдатель совѣта министровъ, министры и главноуправляющіе отдѣльными властями отвѣтствуютъ предъ Государемъ Императоромъ за общій ходъ государственнаго управленія. Каждый изъ нихъ въ отдѣльности отвѣтствуетъ за свои дѣйствія и распоряженія".

Что касается отвѣтственности за мѣры, изданныя въ порядкѣ ст. 87, то сама ст. 87 содержитъ въ себѣ лишь указаніе отвѣтственнаго лица. Такимъ юридическимъ лицомъ является, какъ сказано, совѣтъ министровъ. Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ солидарной отвѣтственностью всего совѣта министровъ; слѣдовательно, отсутствіе въ чрезвычайномъ указѣ ссылки на „представленіе" совѣта министровъ или даже скрѣпы одного изъ членовъ совѣта (что нерѣдко имѣло мѣсто въ нашей практикѣ), не освобождаетъ отъ отвѣтственности весь совѣтъ, участіе коего подразумѣвается тамъ, гдѣ оно прямо не указано,—по силѣ того правила, что qui tacet ubi loqui potuit et debuit, consentire videtur. Разумѣется само собою, что разъ этого участія не было, то юридическая сила указа, какъ изданнаго въ ненадлежащемъ порядкѣ, подрывается въ самомъ своемъ основаніи.

---

[1]) Бар. *Нольде*, Очерки русскаго конституціоннаго права, II, Совѣтъ министровъ, Спб., 1909, стр. 26; *Лазаревскій*, 498.

Какъ можетъ быть поднятъ вопросъ объ отвѣтственности министерства за изданныя мѣры? Этотъ вопросъ можетъ быть возбужденъ или при обсужденіи внесеннаго министерствомъ въ Государственную Думу соотвѣтствующаго принятой мѣрѣ законопроекта или, если этого еще не сдѣлано или не будетъ вовсе сдѣлано, — въ порядкѣ ст. 108 Осн. Зак. и ст. 58—60 Учр. Госуд. Думы, т. е. въ порядкѣ запроса. Въ послѣднемъ случаѣ, если министръ не воспользуется ст. 59 Учр. Гос. Думы и „сообщитъ требуемыя свѣдѣнія и разъясненія", но Дума большинствомъ въ $^2/_3$ ея состава не признаетъ возможнымъ ими удовлетвориться, то „дѣло представляется предсѣдателемъ Государственнаго Совѣта на Высочайшее благовоззрѣніе" (ст. 60). Такимъ образомъ, не только характеръ отвѣтственности, что вытекаетъ изъ ст. 123—124 Осн. Зак., но и наличность законнаго повода и достаточнаго основанія для привлеченія къ ней министра, опредѣляются усмотрѣніемъ Государя. Эта зависимость судьбы дѣла отъ воли монарха сохраняетъ силу и для послѣдующихъ ступеней судебнаго порядка (ст.ст. 87—95 Учр. Гос. Сов. и 1112, 1060 и 1061 Уст. Уг. Суд.).

Разсматривая чрезвычайно-указное право, какъ публично-правовую функцію, мы убѣждаемся, что оно заключаетъ въ себѣ элементы не только правомочія, но и *правообязанности*; однако не всякое данное національное право позволяетъ проводить эту конструкцію со всѣми послѣдствіями, изъ него вытекающими. Относительно нашего права слѣдуетъ думать, что, благодаря своеобразной постановкѣ у насъ отвѣтственности министровъ, отвѣчающихъ не только за прямое нарушеніе закона, какъ министры въ Австріи, но за неиспользованіе полномочій, когда этого законъ требуетъ, — у насъ изданіе чрезвычайнаго указа въ обстоятельствахъ, напр. угрожающихъ общественной безопасности, является *не только правомъ, но и обязанностью правительства*. Поэтому, министерство, обвиненное въ бездѣйствіи власти, не можетъ найти оправданіе въ томъ, что у него не было законныхъ средствъ бороться съ исключительными обстоятельствами: то, что министры Англіи могутъ сдѣлать изъ политическихъ побужденій, то министры Россіи обязаны совершить изъ повиновенія закону, и если министры въ Англіи рѣшаются на правонарушеніе, чтобы не подвергнуться тяжести *политической* отвѣтственности за непринятіе необходимыхъ мѣръ, то въ Россіи министерство обязано принять эти мѣры *по закону*, чтобы не подпасть подъ ст. 208 Учр. Мин., „когда министръ, оставивъ власть, ему данную, безъ дѣйствія,

небреженіемъ своимъ попуститъ важное злоупотребленіе или государственный ущербъ" (Св. Зак., т. I, ч. 2). Боязнь *превышенія* власти предупреждалась и почти устранялась уже старыми нашими законами: „Не считать превышеніемъ власти, когда министръ особенно на какой-либо случай былъ Верховною Властью уполномоченъ" (ст. 209 Учр. Мин.). Въ продолженіи 1906 года статья эта показана, конечно, исключенной [1]). Но показана *сохранившей свою силу* статья 210, которая требуетъ „не считать также превышеніемъ власти, когда министръ въ чрезвычайныхъ какихъ-либо случаяхъ приметъ рѣшительную мѣру и *по принятіи ея окажется*: 1) что она въ видахъ общей безопасности была необходима; 2) что, по настоятельности случая, не могъ онъ, не попустивъ видимой опасности, отлагать сію мѣру до высшаго разрѣшенія (ст. 210 Учр. Мин., изд. 1892 года [2]).

---

[1]) Несмотря на это, сохраненъ п. 1 ст. 340 Улож. о Нак., какъ общая норма, относящійся не только къ министрамъ, но и ко всѣмъ высшимъ должностнымъ лицамъ: „Не почитается превышеніемъ власти: 1) когда министръ или другой государственный сановникъ отступитъ въ своихъ дѣйствіяхъ отъ обыкновенныхъ правилъ, по особенному на сей случай или *вообще на случай сего рода* данному отъ Верховной Власти уполномочію; 2) когда чиновникъ или иное должностное лицо, въ какихъ-либо *чрезвычайныхъ обстоятельствахъ*, возьметъ на *свою отвѣтственность* принятіе также чрезвычайной, болѣе или менѣе рѣшительной мѣры, и потомъ *докажетъ*, что оная въ видахъ государственной пользы была необходима, или что по настоятельности дѣла онъ не могъ безъ видимой опасности или вреда для службы, отложить принятіе сей мѣры до высшаго на то разрѣшенія". — Интересно здѣсь то обстоятельство, что п. 2 ст. 340 построенъ въ духѣ англійской конструкціи onus probandi, которое здѣсь падаетъ на *чиновника*, „*отвѣтственнаго*" за мѣру, если не „*докажетъ*" ея *необходимости* для пользы государства или ея *неотложности*.

[1]) Интересную конструкцію для австрійскихъ отношеній даетъ L. Spiegel (Die kaiserlichen Notverordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrechte, Wien, 1893, S. 21—22): „Das Fundament der Ministeranklage bildet im österreichischem Rechte die Verletzung eines Gesetzes. Gesetzwidriges Verhalten und pflichtwidriges Verhalten decken sich hier"... По отношенію къ чрезвычайно-указному праву: „nur dann von einer *Pflicht* zur Ausübung des Notverordnungsrechtes die Rede sein kann, wenn das Gesetz diese Ausübung ausdrücklich vorschreibt. Das ist aber in Oesterreich nicht der Fall. Denn nach § 14 *können* dringende Anordnungen durch Notverordnungen getroffen werden. Von einem „müssen" weiss die Verfassung nichts. Es ist also das Notverordnungsrecht in Wahrheit ein subjectives Recht der Krone, welche mit den Privatrechten die Aehnlichkeit hat, dass seine Ausübung (beziehungsweise Nichtausübung) in das Ermessen des Berechtigten gestellt ist". Напротивъ, у *Еллинека*, System der subjectiven

2. Санкція Государя.

Для того, чтобы представленіе совѣта министровъ могло превратиться въ чрезвычайный указъ, необходимо утвержденіе его Государемъ; такимъ образомъ, санкція Государя является вторымъ формальнымъ условіемъ изданія чрезвычайнаго указа. Въ отличіе отъ другихъ конституцій, это условіе не прямо указано въ ст. 87, но должно, конечно, разумѣться само собою, ибо совѣтъ министровъ самостоятельнаго права на изданіе такихъ актовъ, очевидно, не имѣетъ. Что касается *юридической природы санкціонирующаго акта*, то совершенно невозможно, какъ это предлагаетъ бар. Нольде, подводить ее подъ принципъ ст. 9 Осн. Зак. Ст. 9, которая гласитъ, что „Государь Императоръ утверждаетъ *законы*, и безъ его утвержденія никакой законъ не можетъ имѣть своего совершенія“, очевидно, къ этому вопросу не относится, ибо чрезвычайные указы издаются Государемъ, не въ качествѣ главы власти законодательной, что имѣется въ виду ст. 9, а въ качествѣ *главы власти правительственной*, о чемъ говоритъ ст. 10 Осн. Зак.: „Власть управленія во всемъ ея объемѣ принадлежитъ Государю Императору...“, т. е. Государь утверждаетъ чрезвычайный указъ не въ порядкѣ законодательства, для котораго ни при какихъ условіяхъ не можетъ быть иного пути, какъ только чрезъ законодательныя учрежденія, а въ порядкѣ управленія, которое является функціей Государя, какъ „Верховной Исполнительной Власти“.

Можетъ ли Государь безъ представленія совѣта министровъ

öffentlichen Rechte, Freiburg, 1892, S. 142 отрицается, какъ извѣстно, характеръ субъективнаго права за всѣми вообще полномочіями монарха, какъ органа; этотъ взглядъ Еллинека вытекаетъ изъ его общей конструкціи, въ силу коей органы государства имѣютъ опредѣленную *компетенцію*, а не субъективныя права; согласно съ этимъ, die Regierungsrechte des Monarchen sind daher nichts, als die dem souveränen Staatsorgane zustehende staatliche Competenz“. (Ср. его конструкцію правъ рейхстага: „Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія“, 30). Въ другомъ мѣстѣ своей „System der sub. öff. Rechte“, Еллинекъ обосновываетъ это положеніе тѣмъ общимъ правиломъ, что органы государства дѣйствуютъ, какъ представители государства и въ *интересахъ государства*, а не осуществляютъ свои личныя, субъективныя права: „...gesteht der Staat... einem kleineren oder grösseren Kreise von Individuen die Fähigkeit zu, in seinem—*des Staates—Interesse* thätig zu werden, derart dass in ihrem Willen überhaupt beigelegt wird, *Funkzionen zu vollziehen*, die der Staat kraft seiner Rechtsordnung als ihm gehörig erklärt hat“ (S. 80).

издать необходимую мѣру въ порядкѣ ст. 87? Практически такой вопросъ не имѣетъ значенія, и, если разсматривать его съ *политической* точки зрѣнія, то онъ не можетъ быть даже поставленъ. Сравнивая режимъ парламентарный и дуалистическій, мы замѣчаемъ антитезу, принципіальную и практическую силу которой невозможно преувеличить. Поскольку рѣчь идетъ о *дѣйственномъ политическомъ принципѣ*, необходимо признать, что если въ парламентарномъ строѣ относительно всѣхъ принципіальныхъ актовъ монарха существуетъ презумпція, что они изданы по совѣту кабинета, то въ дуалистическомъ режимѣ должна быть принята обратная презумпція: для всѣхъ *принципіальныхъ мѣръ* кабинета должна быть принята презумпція, что онѣ предуказаны волей монарха. Эта презумпція покоится на двухъ основаніяхъ. Первое изъ нихъ то, что въ дуалистическомъ строѣ министры суть не только номинально, но и фактически слуги короны, т. е., слѣдовательно, что всѣ упомянутыя выше мѣры представляются монарху лицами, коихъ назначеніе также зависѣло единственно отъ его воли, какъ зависитъ отъ него въ любой моментъ ихъ увольненіе. Второе основаніе дается тѣмъ общимъ правиломъ, что всякая принципіальная мѣра, пройдя чрезъ солидарный кабинетъ, руководимый согласно директивѣ монарха, — представляется на утвержденіе монарха; разъ мѣра утверждена, это показываетъ, что она создана въ соотвѣтствіи съ той волей, которая „опредѣляетъ общій ходъ государственнаго управленія“, т. е. опредѣляетъ политику кабинета [1]). Намъ думается, что если бы не предполагалось, что министры заранѣе знаютъ волю Государя, что эта воля предуказываетъ имъ путь и характеръ ихъ политики, то совершенно невоз-

[1]) Для того, чтобы снять съ монарха отвѣтственность за акты, издаваемые отъ его имени, нѣтъ нужды въ знаменитой англійской фикціи о томъ, что the king can not do wrong, и что, слѣдовательно, акты неправомѣрные внушаются ему отвѣтственными министрами. Нѣтъ никакой нужды прилагать нормы англійскаго права къ тѣмъ континентальнымъ порядкамъ, гдѣ не министры опредѣляютъ политику монарха, но, напротивъ, подчиняются его велѣніямъ или устраняются отъ власти (Вильгельмъ II, 1890—93). Принципъ безотвѣтственности монарха, естественный и непреложный во всякой монархіи, обычно защищенный особой конституціонной нормой (напр., ст. 5 Осн. Зак.), не нуждается въ такомъ обоснованіи. Что же касается отвѣтственности министровъ за акты короны, то вмѣсто того, чтобы думать, что монархъ дѣйствуетъ подъ давленіемъ министерства, достаточно для министерской отвѣтственности установить, что министръ исполнилъ повѣленіе, *правомѣрная сила котораго не была для него внѣ всякаго сомнѣнія.*

можно было бы найти смыслъ ихъ отвѣтственности „за общій ходъ государственнаго управленія": какъ отвѣчать за дѣйствія, не зная требованій той инстанціи, которая о нихъ судитъ,—какъ устанавливать отвѣтственность за дѣйствія, которымъ не дано опредѣленнаго и обязательнаго направленія?—Съ этой стороны, „мѣры", проектируемыя министрами, презюмируются, какъ выработанныя по волѣ Государя (Ср. также ст. 162 Учр. Мин. по прод. 1908 г.). Съ другой стороны, если бы Государь пожелалъ по собственному почину издать ту или иную мѣру, то не можетъ быть рѣчи о замедленіи соотвѣтствующаго „представленія" совѣта министровъ. Такъ обстоитъ вопросъ съ политической точки зрѣнія. Но юридически вопросъ получаетъ существенно-иную постановку. Какъ ни исключительны случаи обязательнаго обращенія монарха къ содѣйствію кабинета,—въ особо указанныхъ вопросахъ такое обращеніе требуется закономъ: это такъ наз. „комитетскія дѣла" и изданіе чрезвычайныхъ указовъ. Поэтому, каковы бы ни были фактическія отношенія Государя и совѣта министровъ, юридическая ихъ природа въ данномъ вопросѣ не оставляетъ сомнѣній: безъ надлежащаго представленія совѣта министровъ мѣра издана быть не можетъ.

Воля Государя разрѣшаетъ вопросъ и тогда, когда въ самомъ совѣтѣ министровъ обнаружились разногласія по поводу предполагаемой мѣры. Тогда, согласно ст. 18 Учр. Сов. Мин., предсѣдатель совѣта докладываетъ дѣло Государю, руководствуясь въ дальнѣйшемъ его указаніями. Отсюда слѣдуетъ заключить, что санкція Государя можетъ быть дана только тому, что является представленіемъ *совѣта министровъ*, въ полномъ юридическомъ смыслѣ этого понятія, т. е. рѣшенію всего совѣта министровъ, какъ цѣлаго, а не простого только его большинства, такъ какъ большинство предполагаетъ расходящееся съ нимъ меньшинство, т. е. отсутствіе „единогласнаго заключенія по дѣламъ, разсмотрѣннымъ въ совѣтѣ"; въ такомъ случаѣ, „на дальнѣйшее направленіе ихъ предсѣдатель совѣта испрашиваетъ указаній Императорскаго Величества" (ст. 18 Учр. Сов. Мин.).

3. Ссылка чрезвычайнаго указа на ст. 87.

Должна ли быть въ самомъ чрезвычайномъ указѣ ссылка на то, что онъ издается въ порядкѣ ст. 87? Вопросъ этотъ, не рѣшенный въ самой ст. 87, является у насъ весьма спорнымъ. За то, что ссылка

на ст. 87 необходима, говоритъ переходный характеръ всей системы нашего новаго права и исключительный характеръ ст. 87; въ виду того, что вопросы указнаго и законодательнаго характера у насъ еще рѣзко не обособились, а также въ виду того, что въ порядкѣ ст. 87 могутъ быть изданы и обыкновенные указы,—трудно было бы отличить по содержанію указъ чрезвычайный отъ обыкновеннаго, если бы въ немъ прямо не было указано, что онъ издается по 87 статьѣ. Кромѣ того, „безъ этой ссылки нельзя рѣшить такихъ основныхъ вопросовъ, какъ слѣдующіе: когда актъ утратитъ силу, подлежитъ ли онъ всесенію въ Думу и т. д.“ (бар. Нольде, 56). При всей справедливости этихъ соображеній, они безукоризненно обосновываютъ лишь *цѣлесообразность* ссылки на ст. 87, но не ея *юридическую обязательность*, при которой отсутствіе ссылки на ст. 87 опорочило бы формальную законом'ѣрность изданнаго указа. Но въ текстѣ ст. 87 нѣтъ данныхъ, на которыя можно было бы опереть это требованіе; что же касается иностранныхъ законодательствъ, то большинство объ этомъ вопросѣ молчитъ, какъ и наша ст. 87, а примѣръ Австріи или Саксенъ-Веймара, гдѣ это требованіе *спеціально* оговорено, едва ли можетъ говорить въ пользу положительнаго рѣшенія вопроса у насъ, гдѣ такого спеціальнаго требованія нѣтъ. [1]). Нѣтъ опредѣленнаго мнѣнія и въ литературѣ [2]). Но соображенія цѣлесообразности и практической необходимости такъ велики, что чрезвычайные указы обычно издаются со ссылкой на ст. 87 у насъ [3]) и на § 63 въ Пруссіи.

4. Контрассигнатура.

Есть еще одинъ доводъ цѣлесообразности, въ пользу ссылки на ст. 87 въ самомъ чрезвычайномъ указѣ: эта ссылка дѣлаетъ излишней скрѣпу. Если дѣйствительный смыслъ скрѣпы заключается въ указаніи лица, отвѣтственнаго за указъ, то разъ въ чрезвычайномъ указѣ опредѣленно сказано, что онъ издается, какъ положеніе, выработанное совѣтомъ министровъ, то этого

[1]) Обязательной ссылки на чрезвычайно-указный порядокъ требуютъ также конституціи *Шаумбургъ-Липпе* (ст. 31) и *Шварцбургъ-Зондерсгаузена* (§ 39); то же почти требованіе—въ *Ганноверѣ* (§ 72).

[2]) Hansel, 24 (о Пруссіи).

[3]) См. *Сборникъ постановленій, изданныхъ въ порядкѣ ст. 87 Осн. Гос. Зак.*, съ указаніемъ отношенія этихъ постановленій къ правиламъ дѣйствующаго Свода Законовъ, 1906—1907 г.г. Составлена въ Государственной Канцеляріи, изд. II, Спб. 1907 г.

достаточно для признанія совѣта отвѣтственнымъ за изданную мѣру, и постольку въ скрѣпѣ нѣтъ необходимости. Но изъ этого слѣдуетъ, что разъ нѣтъ ссылки на ст. 87, т. е. указанія на участіе совѣта министровъ въ обсужденіи мѣры, то скрѣпа является безусловно обязательной [1]). Ее могла бы сдѣлать излишней только ссылка на ст. 87, т. е. указаніе на участіе совѣта министровъ; разъ этого указанія нѣтъ, должно быть исполнено требованіе ст. 24 Осн. Зак.: „Указы и повелѣнія Государя Императора, въ порядкѣ верховнаго управленія или непосредственно имъ издаваемые, скрѣпляются предсѣдателемъ совѣта министровъ или подлежащимъ министромъ либо главноуправляющимъ отдѣльною частью и обнародываются правительствующимъ сенатомъ“. Итакъ, третье формальное условіе изданія чрезвычайнаго указа есть *скрѣпа* предсѣдателя совѣта министровъ или подлежащаго министра; если же

---

[1]) Нельзя не признать практику нашу въ этомъ отношеніи нѣсколько пестрой. Во 1-хъ, не всегда соблюдался тотъ принципъ, что скрѣпа министра предполагаетъ собственноручную подпись Государя (*Н. И. Лазаревскій*, 235), такъ какъ ни о той, ни о другой часто нѣтъ рѣчи, хотя въ Собр. Узакон. онѣ во всякомъ случаѣ помѣщены быть должны были бы, если бы имѣлись на подлинномъ. Напримѣръ, Высоч. утв. 6 октября 1907 года положеніе совѣта министровъ объ утвержденіи строительной стоимости работъ на Бологое-Полоцкой желѣзной дорогѣ (Собр. Узак., Отд. I, полугод. II, ст. 1283) — издано со ссылкой на ст. 87, но безъ подписи Государя и скрѣпы министра; начинается оно со словъ „Совѣтъ министровъ полагалъ: по силѣ ст. 87 Осн. Зак....“ и оканчивается: „Государь Императоръ въ 6 день октября 1907 г. положеніе сіе Высочайше утвердить соизволилъ“ (ни подписи, ни скрѣпы). — Безъ подписи, безъ скрѣпы и безъ ссылки на какой-либо легальный титулъ издано Высочайше утвержденное положеніе совѣта министровъ о выдачѣ Московскому обществу для сооруженія и эксплоатаціи подъѣздныхъ желѣзныхъ путей въ Россіи ссуды изъ казны, въ размѣрѣ до 300.000 рублей. „Государь Императоръ 30 августа 1907 года на положеніе совѣта Высочайше соизволилъ“ (Собр. Узак., Отд. I, ст. 1317). То же и объ учрежденіи донского политехническаго института (Ср. *Объявл. Высоч. повел.* министромъ торговли и промышленности 9 іюля 1907 г., Выс. утв. 2 марта 1907 года положеніе совѣта министровъ 16 января 1907 г. и засѣданіе Государственной Думы 7 мая 1908 года, засѣданіе 61-е). — Правильно, съ разсматриваемой формальной стороны, даже плеонастично, — Высочайше утвержд. полож. совѣта министровъ объ утвержденіи порядка завѣдыванія храмомъ Христова Воскресенія и штата расходамъ на его содержаніе. Начинаясь словами: „Совѣтъ министровъ полагалъ“ и ссылаясь на ст. 87, онъ оканчивается: „На подлинномъ собственною Его Императорскаго Величества рукою написано: „*Быть по сему*“. Въ Виллаксъ-Фіордѣ *30 августа 1907* г. Скрѣпилъ: Предсѣдатель совѣта министровъ П. Столыпинъ“ (Сообр. Узак., Отд. I, № 164, ст. 1249).

въ чрезвычайномъ указѣ есть ссылка на ст. 87, то скрѣпа необходимой не представляется. Напротивъ, Австрійское и Саксонское право категорически требуютъ скрѣпы и при томъ скрѣпы всѣхъ министровъ. Прусская конституція ограничивается, въ § 63, установленіемъ отвѣтственности всего министерства, но доктрина изъ § 44 выводитъ обязательность скрѣпы хотя бы одного министра, при чемъ подпись другихъ презюмируется, для установленія коллективной отвѣтственности всего министерства [1]). Каково значеніе скрѣпы? Мы видѣли, что она указываетъ отвѣтственное лицо. За что же отвѣчаетъ это лицо? „Контрасигнируя эти распоряженія (т. е. чрезвычайные указы), министерство ручается за то, что при изданіи ихъ монархъ не вышелъ за положенныя ему границы, т. е., что они направлены на предметы, которые не изъяты изъ ихъ вѣдѣнія конституціей, а также и за настоятельную необходимость къ ихъ изданію“ [2]). Отвѣтственность за скрѣпленные министрами акты установлена у насъ въ ст. 215 и 208 Учр. Мин., опредѣляющихъ понятія превышенія и бездѣйствія власти (Продолж. Свода Зак. 1906 г., т. I, ч. 2) [3]).

B. Условія прекращенія дѣйствія чрезвычайнаго указа.

а. Уничтоженіе содержанія указа.

Мы разсмотрѣли матеріальныя и формальныя условія изданія чрезвычайнаго указа. Разсмотримъ условія утраты чрезвычайнымъ указомъ своей силы. Здѣсь также слѣдуетъ различать два момента—

---

[1]) *Hansel*, 22.

[2]) *А. Алексѣевъ*, Контрасигнированіе въ конституціонномъ правѣ, Журн. Мин. Юстиціи, мартъ, 1906, стр. 131.

[3]) Разумѣется само собою и не нуждается въ особомъ упоминаніи, что чрезвычайные указы должны быть опубликованы *въ возможно кратчайшій срокъ*. Требованіе это не всегда однако соблюдалось. Такъ, Высочайше утвержденное 27 августа 1906 года положеніе совѣта министровъ о сохраненіи въ штатахъ жандармскихъ полицейскихъ управленій Забайкальской и Сибирской желѣзныхъ дорогъ 110 добавочныхъ должностей жандармскихъ унтеръ-офицеровъ (Собр. Узак., 1982) — было обнародовано въ „Правительственномъ Вѣстникѣ“ 20 декабря 1906 г., т. е. почти черезъ 4 мѣсяца. Между тѣмъ, до распубликованія Сенатомъ, никакія подобныя распоряженія для населенія обязательными почитаться не могутъ.—Неисполненіе этого требованія (скорѣйшаго опубликованія) можетъ привести къ неожиданнымъ послѣдствіямъ. Такъ, *11 сентября 1909 г.* состоялось Выс. утв. полож. сов. мин. о дальнѣйшемъ сохраненіи въ силѣ нѣкоторыхъ вре-

матеріальный и формальный: либо уничтожается *содержаніе* чрезвычайнаго указа, т. е. безслѣдно аннулируется его *существо*, либо уничтожается одна лишь *форма*, въ которой онъ былъ изданъ, и существо его облекается въ форму закона.

Мы должны, слѣдовательно, обратиться къ тому моменту въ судьбѣ чрезвычайнаго указа, когда Государственная Дума вновь созвана и занятія ея возобновлены. Этому моменту посвящена заключительная, вторая часть ст. 87: „Дѣйствіе такой мѣры прекращается, если подлежащимъ министромъ или главноуправляющимъ отдѣльною частью не будетъ внесенъ въ Государственную Думу, въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія занятій Думы, соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ или его не примутъ Государственная Дума или Государственный Совѣтъ". Такимъ образомъ, дальнѣйшая судьба чрезвычайнаго указа намѣчается здѣсь въ трехъ своихъ существенно-важныхъ моментахъ: въ 1-хъ, невнесеніе законопроекта въ Государственную Думу; во 2-хъ, непринятіе его Государственной Думой; въ 3-хъ, непринятіе его Государственнымъ Совѣтомъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ чрезвычайный указъ теряетъ свою силу, или, какъ гласитъ несовершенная редакція ст. 87, „дѣйствіе такой мѣры прекращается". Другими словами, во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ чрезвычайный указъ уничтожается, онъ отмираетъ, какъ норма съ опредѣленнымъ юридическимъ содержаніемъ, и его мѣсто автоматически занимаетъ старый законъ, имъ временно пріостановленный, но не отмѣненный,—т. е. возстановляется во всей своей силѣ правовое положеніе, предшествовавшее изданію чрезвычайнаго указа. Если же въ Государственную Думу будетъ внесенъ законопроектъ, соотвѣтствующій принятой мѣрѣ и Государственная Дума его одобритъ, то, будучи затѣмъ принятъ Государственнымъ Совѣтомъ и утвержденъ Государемъ, законопроектъ этотъ становится закономъ, т. е. чрезвычайный указъ замѣняется и отмѣняется закономъ.

Передъ нами, такимъ образомъ, двѣ возможности въ судьбѣ чрезвычайнаго указа: первая заключается въ томъ, что съ ея

менныхъ мѣръ, касающихся допущенія иностраннаго каботажа въ водахъ Пріамурскаго края и обложенія проживающихъ въ немъ китайцевъ и корейцевъ. Между тѣмъ, обнародованъ этотъ чрезвычайный указъ въ Собр. Узак. *20 октября 1909 г.*, т. е. *во время занятій* Гос. Думы и Гос. Совѣта. Не трудно видѣть, что такимъ позднимъ распубликованіемъ указа—въ корнѣ колеблется ссылка на *неотложную* необходимость въ мѣрѣ.

наступленіемъ уничтожается *матеріально*-юридическое существо чрезвычайнаго указа, аннулируется его содержаніе; вторая—въ томъ, что уничтожается *формально*-юридическая природа чрезвычайнаго указа, радикально преображается его юридическая сила, но сохраняется въ существѣ своемъ содержаніе чрезвычайнаго указа. Разсмотримъ обѣ эти возможности.

1. Невнесеніе въ Гос. Думу законопроекта, соотвѣтствующаго принятой мѣрѣ.

Чрезвычайный указъ теряетъ силу, если соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ 1) не будетъ внесенъ въ Государственную Думу подлежащимъ министромъ или главноуправляющимъ, въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ со дня возобновленія занятій Думы, 2) если Дума его не приметъ или 3) его не приметъ Государственный Совѣтъ. Остановимся на первомъ случаѣ.

Прежде всего, что значитъ—„соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ“? Пониманіе этого выраженія правительствомъ мы находимъ въ рѣчи министра юстиціи, произнесенной въ защиту законопроекта объ оставленіи въ силѣ Высочайше утвержденнаго положенія совѣта министровъ 24 декабря 1906 года, объ установленіи уголовной отвѣтственности за восхваленіе преступныхъ дѣяній въ рѣчи или печати (II Дума, зас. 21 мая 1907 года). Возражая противъ мысли, что вносимый законопроектъ долженъ быть *тождественъ* съ принятой мѣрой, министръ юстиціи считаетъ достаточнымъ, чтобы „законопроектъ соотвѣтствовалъ изданной въ порядкѣ ст. 87 Осн. Зак. мѣрѣ въ своемъ *существѣ*“ [1]).

Бар. *Нольде*, считая взглядъ министра юстиціи въ общемъ правильнымъ, останавливается однако на вопросѣ: что значитъ „законопроектъ долженъ соотвѣтствовать указу въ существѣ своемъ“, и, находя это опредѣленіе „нѣсколько темнымъ“, характеризуетъ матеріальный признакъ „соотвѣтствія“ въ томъ смыслѣ, что законопроектъ не можетъ имѣть „*совершенно иного содержанія*“, чѣмъ

[1]) „Такъ смотрѣло, продолжалъ министръ юстиціи, на этотъ вопросъ и правительство, при направленіи законопроектовъ, которые вносились въ Государственную Думу въ порядкѣ ст. 87 Осн. Зак. Въ подтвержденіе сказаннаго, сошлюсь на законопроектъ, который внесенъ въ Государственную Думу министромъ торговли и промышленности объ обезпеченіи нормальнаго отдыха служащихъ въ торговыхъ и ремесленныхъ заведеніяхъ. Въ этомъ законопроектѣ содержатся *добавленія* къ тѣмъ мѣрамъ, которыя были изданы въ порядкѣ ст. 87. Осн. Зак.“ (*Стеногр. отч.*, II сес. 1907, стр. 884-5).

чрезвычайный указъ. Если бы даже можно было, изъ этого отрицательнаго опредѣленія соотвѣтствія, вывести положительное, и сказать, что законопроектъ долженъ соотвѣтствовать указу *по содержанію*, то и такое опредѣленіе нельзя было бы не признать „нѣсколько темнымъ". Кромѣ того, вообще, необходимо *разлагать* юридическій терминъ на имѣющіеся въ немъ самомъ элементы, а не *привносить* добавочные элементы, будь то соотвѣтствіе „въ существѣ" или „по содержанію": въ самомъ понятіи „соотвѣтствія", раскрытомъ на основаніи точнаго смысла ст. 87, есть элементы, гораздо болѣе опредѣленные, чѣмъ соотвѣтствіе въ существѣ или по содержанію.

Какой смыслъ имѣетъ установленіе у насъ, въ отличіе отъ западныхъ конституцій [1]), права правительства вносить въ Государственную Думу не самый чрезвычайный указъ, а лишь соотвѣтствующій ему законопроектъ? Въ основѣ этого права лежитъ презумпція, что обстоятельства къ этому моменту успѣли настолько измѣниться, что не всѣ элементы чрезвычайнаго указа уже для нихъ пригодны. Въ такомъ случаѣ, элементы эти не должны существовать долѣе и, если являются *частностями* чрезвычайнаго указа, который, какъ цѣлое, остается необходимымъ,—они могутъ быть въ законопроектѣ измѣнены или исключены: такъ, правительство, исходя изъ принципа экономіи карательныхъ средствъ и въ виду паденія преступности въ нормируемой указомъ сферѣ отношеній, можетъ въ законопроектѣ понизить суровыя карательныя ставки указа, если не можетъ вовсе отъ нихъ отказаться. Но, если элементы чрезвычайнаго указа, переставшіе быть необходимыми, являются *не частными подробностями*, а тѣми *основными принципіальными элементами указа, ради которыхъ онъ былъ изданъ*, то законопроектъ, ихъ исключившій или измѣнившій, уже не есть измѣненный въ своихъ частностяхъ указъ, а новая мѣра, которою желательно его замѣнить, но которая не можетъ ему „соотвѣтствовать", разъ она отвергаетъ рѣшающіе по своей важности элементы его, и постольку подъ дѣйствіе статьи 87 не подпадаетъ. Въ основѣ изучаемаго права правительства лежитъ, какъ мы видѣли, предположеніе, что чрезвычайный указъ остается необходи-

[1]) Напр., Прусская конституція принуждаетъ парламентъ прибѣгать къ суррогатамъ нашего „соотвѣтствія"; см. „*Stenographische Berichte* über die Verhandlungen" der ersten Kammer, Berlin, 1851, B. I, S. 236, Bericht der Kommission der *Rechtspflege* (объ уничтоженіи патримоніальныхъ судовъ), 16 Sitzung, 6 Februar 1851.

мымъ и послѣ возобновленія занятій Государственной Думы; это не устраняетъ допустимости нѣкоторыхъ поправокъ, отнюдь однако не измѣняющихъ *назначенія* чрезвычайнаго указа. Но разъ это предположеніе пало, и само правительство измѣняетъ тѣ основные элементы указа, которыми онъ отвѣчалъ на чрезвычайныя обстоятельства,—то *право* колеблется въ главнѣйшемъ своемъ предположеніи [1]). На основаніи этого предположенія, правительству дается возможность въ первые же два мѣсяца занятій Государственной Думы провести чрезвычайный указъ черезъ Думу; устраняя другія работы палатъ, дается такъ сказать дорога крайней необходимости, — когда неожиданно обнаруживается, что этого предположенія не существуетъ, что основные элементы указа въ настоящее время излишни или даже вредны. Въ такомъ случаѣ, если новыя мѣры правительства такъ же неотложны, какъ тѣ старыя, которыя дали ему право прибѣгнуть къ чрезвычайному указу,—въ такомъ случаѣ оно должно доказать это палатѣ. Съ паденіемъ презумпціи въ пользу лица — onus probandi падаетъ на него: въ данномъ случаѣ оно переходитъ съ Думы на правительство.

Для выясненія понятія „соотвѣтствія" необходимо также имѣть въ виду съ одной стороны объемъ нормируемыхъ отношеній, съ другой—ихъ юридическую природу. Законопроектъ долженъ соотвѣтствовать чрезвычайному указу въ смыслѣ тождества *нормируемыхъ явленій* и тождества того *юридическаго результата*, который достигается какъ тѣмъ, такъ и другимъ, т. е. законопроектъ долженъ быть направленъ на тотъ же результатъ въ данной области нормируемыхъ отношеній, что и указъ. Не будетъ поэтому „соотвѣтствія" между ними, если законопроектъ ставитъ себѣ иную цѣль, чѣмъ чрезвычайный указъ, или ставитъ себѣ ту же цѣль, но въ принципіально иной области отношеній; напримѣръ, чрезвычайный указъ борется съ извѣстными явленіями, а законопроектъ предоставляетъ имъ возможность развиваться или, хотя и борется съ тѣми же явленіями, но въ иной сферѣ отношеній. Такимъ образомъ, „соотвѣтствіе" есть *тождество главнѣйшихъ*

[1]) Мы конструируемъ двухмѣсячный срокъ именно, какъ *право* правительства: оно заключено въ оболочку *обязанности*, но это есть лишь внѣшняя форма всякаго преклюзивнаго срока; можно сказать: правительство *обязано* въ двухмѣсячный срокъ внести законопроектъ, если оно хочетъ, чтобы чрезвычайный указъ превратился въ законъ. Но это есть лишь иная форма для той мысли, что правительство *имѣетъ право* внести законопроектъ для превращенія чрезвычайнаго указа въ законъ, но это право сохраняется за нимъ лишь въ теченіе двухъ мѣсяцевъ.

элементовъ указа и законопроекта: послѣдніе могутъ отличаться другъ отъ друга въ *частныхъ подробностяхъ*, но должны быть тождественны въ тѣхъ *принципіальныхъ своихъ частяхъ*, ради которыхъ указъ былъ изданъ и которыми онъ отличается отъ закона, имъ пріостановленнаго.

Кто же является судьей наличности или отсутствія необходимости соотвѣтствія, отъ кого зависитъ окончательное рѣшеніе вопроса, имѣется ли такое соотвѣтствіе или оно отсутствуетъ? Здѣсь, какъ и во всѣхъ другихъ *рѣшающихъ оцѣнкахъ* въ судьбѣ указа, слѣдуетъ различать два періода: первый начинается съ момента констатированія чрезвычайныхъ обстоятельствъ и оканчивается моментомъ возобновленія занятій Государственной Думы, или моментомъ внесенія законопроекта, или послѣднимъ днемъ двухмѣсячнаго срока; въ этотъ періодъ, *субъектомъ рѣшающихъ оцѣнокъ* является правительство, при чемъ оцѣнки его носятъ дискреціонный характеръ. Второй періодъ, начинаясь съ одного изъ трехъ названныхъ моментовъ, оканчивается моментомъ отклоненія законопроекта однимъ изъ трехъ элементовъ законодательной власти или моментомъ принятія его всѣми этими тремя элементами; въ теченіе этого періода субъектомъ рѣшающихъ оцѣнокъ является законодательная власть и прежде всего Государственная Дума. Въ этотъ періодъ она вправѣ оцѣнивать и судить, какъ о законности самаго изданія чрезвычайнаго указа, такъ и о соотвѣтствіи внесеннаго законопроекта чрезвычайному указу. Каковы же послѣдствія рѣшенія Государственной Думы, что данный законопроектъ не соотвѣтствуетъ чрезвычайному указу? Отвѣтъ на этотъ вопросъ вытекаетъ самъ собою изъ предыдущаго. Если Государственная Дума является судьей соотвѣтствія, то не усматривая такового, она лишаетъ законопроектъ того необходимаго для него условія, лишь при наличности коего законопроектъ можетъ впослѣдствіи сообщить чрезвычайному указу новую, квалифицированную силу для дальнѣйшаго существованія въ качествѣ закона; вслѣдствіе этого, законопроектъ, признанный несоотвѣтствующимъ чрезвычайному указу, разсматривается, какъ самостоятельный законопроектъ, не имѣющій никакой юридической связи съ чрезвычайнымъ указомъ и подлежащій разсмотрѣнію обособленно отъ этого послѣдняго. Но съ разрывомъ юридической связи между законопроектомъ и чрезвычайнымъ указомъ, указъ утрачиваетъ и ту внѣшнюю опору, которая даетъ ему силу существовать до превращенія въ законъ; создается положеніе, юридически-

тождественное тому, какъ *если бы въ Государственную Думу не внесенъ былъ вовсе никакой законопроектъ*. Отвергая соотвѣтствіе законопроекта чрезвычайному указу, Государственная Дума въ этомъ вопросѣ имѣетъ предъ собою одинъ только чрезвычайный указъ, сила котораго съ каждымъ днемъ теченія двухмѣсячнаго срока медленно таетъ, между тѣмъ соотвѣтствующій ему законопроектъ еще не внесенъ. Очевидно, что съ истеченіемъ двухмѣсячнаго срока онъ навсегда утратитъ силу, если вмѣсто несоотвѣтствующаго указу законопроекта не будетъ внесенъ соотвѣтствующій. Иначе говоря, *внесеніе* въ Государственную Думу *несоотвѣтствующаго* чрезвычайному указу законопроекта юридически равносильно *невнесенію* въ Государственную Думу *соотвѣтствующаго* принятой мѣрѣ законопроекта, что влечетъ за собою утрату силы чрезвычайнаго указа [1]).

Мы разсмотрѣли одно изъ возможныхъ условій паденія чрезвычайнаго указа, вытекающее изъ перваго условія, указаннаго въ ст. 87. Причиной смерти чрезвычайнаго указа является здѣсь поведеніе министерства: это—случай вины, такъ сказать невольной, т. е. министерство полагало, что вноситъ проектъ соотвѣтствующій, и потому надѣялось, что пока онъ будетъ проходить ступени законодательной процедуры, будетъ оставаться въ силѣ чрезвычайный указъ; но, вслѣдствіе непризнанія Государственной Думой законопроекта соотвѣтствующимъ, чрезвычайный указъ, за истеченіемъ двухмѣсячнаго срока, утратилъ свою силу раньше, чѣмъ былъ созданъ законъ, который явился бы преемникомъ чрезвычайнаго указа. Здѣсь передъ нами случай утраты указомъ силы благодаря министерству, но вопреки его волѣ (grâce à lui, mais malgré lui). Можетъ ли чрезвычайный указъ до срока утратить силу *по желанію министерства?*

Поставимъ вопросъ въ надлежащія рамки. Министерство, желая, чтобы чрезвычайный указъ утратилъ свою силу, можетъ, еще до созыва Государственной Думы, сдѣлать представленіе объ отмѣнѣ его въ томъ же порядкѣ, въ какомъ онъ былъ изданъ, т. е. новымъ актомъ Государя въ порядкѣ управленія: этотъ новый чрезвычайный указъ и отмѣнитъ старый, исчерпавшій свое назначеніе и болѣе ненужный. Второй путь отмѣны чрезвычайнаго указа по волѣ министерства, есть невнесеніе его въ Государственную Думу

[1]) Въ какихъ предѣлахъ можетъ быть измѣненъ самый законопроектъ правительства? См. „Приложенія“, объ измѣняемости законопроекта, рѣчи *дд. кн. Тенишева, Шингарева, Аджемова, Львова 1, Шидловскаго и др.*

въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ со дня начала ея занятій: здѣсь чрезвычайный указъ отмираетъ и сила его погашается однимъ теченіемъ времени, безъ всякаго внѣшняго юридическаго акта, въ которомъ нѣтъ никакой необходимости. Третій путь, лежащій по времени между этими двумя, и есть тотъ, который насъ интересуетъ. Можетъ ли министерство послѣ возобновленія занятій Государственной Думы и до истеченія двухмѣсячнаго срока провести отмѣну чрезвычайнаго указа *по собственной инициативѣ?* Очевидно, что чрезвычайный указъ не можетъ быть отмѣненъ обыкновеннымъ указомъ, коему погашающей силы закона или quasi законодательной силы чрезвычайнаго указа не присвоено; слѣдовательно, вообще, чрезвычайный указъ можетъ быть отмѣненъ или чрезвычайнымъ же указомъ или закономъ. Разсмотримъ первый путь. Можетъ ли быть отмѣненъ старый чрезвычайный указъ новымъ, во время занятій Государственной Думы? Достаточно поставить этотъ вопросъ, чтобы отвѣтить на него отрицательно. Основнымъ условіемъ для изданія чрезвычайнаго указа является отсутствіе занятій Государственной Думы, только оно санкціонируетъ тотъ порядокъ, при которомъ правительству предоставляются quasi-законодательныя полномочія; но предоставленіе ему этихъ полномочій отнюдь не значитъ, что вопросъ, по коему примѣнялись эти полномочія, можетъ и въ присутствіи Государственной Думы регулироваться въ томъ же порядкѣ, и въ частности — рѣшенъ въ обратномъ смыслѣ въ томъ же порядкѣ: наличность занятій Государственной Думы лишаетъ силы дискреціонныя полномочія правительства, т. е. обезсиливаетъ чрезвычайно-указное право [1]).

Но если во время занятій Государственной Думы для правительства закрытъ путь чрезвычайно-указной отмѣны „мѣры“, то ему остается только пойти по законодательному пути отмѣны чрезвычайнаго указа, т. е. путемъ внесенія въ Государственную Думу законопроекта объ отмѣнѣ чрезвычайнаго указа. Достаточно ли однако *принятія* Государственной Думой этого законопроекта, чтобы чрезвычайный указъ тотчасъ утратилъ свою силу. На первый взглядъ, такой вопросъ рѣшается самъ собою въ отрицательномъ смыслѣ. Разъ Государственная Дума въ сборѣ, чрезвычайный указъ можетъ быть отмѣненъ только закономъ. Вѣдь законопроектъ объ *отмѣнѣ* мѣры не есть законопроектъ, соотвѣтствующій принятой

1) Ср. рѣчь д. *Безелера*, въ прусской палатѣ депутатовъ 1851 г. *Stenogr. Berichte* über die Verhandlungen der zweiten Kammer, Berlin, 1851, B. I, S. 108 f.

мѣрѣ, ибо онъ прямо ей противоположенъ; слѣдовательно, здѣсь безсильно то правило ст. 87, что чрезвычайный указъ утрачиваетъ свою силу уже въ силу одного того, что Государственная Дума не приняла законопроектъ, ему соотвѣтствующій, и возстановляется во всей своей силѣ то общее положеніе, что чрезвычайный указъ въ присутствіи Государственной Думы можетъ быть отмѣненъ только закономъ, а законодательное постановленіе одной Государственной Думы не есть еще вовсе законъ; другими словами, недостаточно согласія Государственной Думы на представленіе министра объ отмѣнѣ чрезвычайнаго указа: это представленіе, подчиняясь судьбѣ всякаго законопроекта, должно восходить далѣе на усмотрѣніе Государственнаго Совѣта и Государя, безъ участія коихъ законопроектъ объ отмѣнѣ не можетъ стать закономъ и такимъ образомъ получить силу для отмѣны чрезвычайнаго указа. Если принять во вниманіе длительность законодательной процедуры, то можно съ увѣренностью сказать, что чрезвычайный указъ гораздо раньше могъ бы умереть естественной смертью, если бы не былъ вовсе внесенъ законопроектъ объ его отмѣнѣ, чѣмъ при посредствѣ разсмотрѣннаго порядка, который еще дольше затянетъ существованіе указа.—Такое рѣшеніе вопроса означаетъ, что, какъ бы ни желало правительство отмѣны чрезвычайнаго указа, оно едва ли могло бы добиться ея до истеченія двухмѣсячнаго срока, и этотъ срокъ, изъ льготнаго для министерства, превратился бы въ обременительный [1]).

Такое рѣшеніе вопроса, едва ли, однако, правильно. Для пра-

---

1) Здѣсь рѣчь идетъ о *формальномъ порядкѣ, соотвѣтствующемъ* существу намѣреній и желаній правительства. Конечно, и при такомъ рѣшеніи вопроса, правительство можетъ обратиться *къ формально-иному порядку* и тѣмъ добиться того же результата, т. е. отмѣны чрезвычайнаго указа: оно можетъ, немедленно послѣ открытія Государственной Думы, войти съ представленіемъ объ оставленіи въ силѣ чрезвычайнаго указа, но будетъ защищать его необходимость доводами, доказывающими его безполезность, т. е. по существу своему защита эта будетъ замаскированной мотивировкой его отклоненія; такой путь *фактически* будетъ равносиленъ внесенію законопроекта объ отмѣнѣ, т. к. ясно будетъ, что правительство отказывается отъ „мѣры“ и желаетъ ея скорѣйшей отмѣны. Но, конечно, *юридически*, путь этотъ былъ бы путемъ *обхода* закона, а не *слѣдованія* ему. Поэтому съ юридической точки зрѣнія сохраняютъ свою силу всѣ указанныя послѣдствія того взгляда, въ силу коего внесеніе въ Государственную Думу законопроекта объ отмѣнѣ чрезвычайнаго указа, будто бы влечетъ за собою движеніе законопроекта по всѣмъ ступенямъ законодательнаго порядка.

вильнаго рѣшенія вопроса, необходимо имѣть въ виду не формальную оболочку выраженій закона, часто весьма несовершенную, а точный смыслъ его, не оставляющій сомнѣній. Смыслъ соотвѣтствующаго фрагмента ст. 87 одинъ: если Государственная Дума или Государственный Совѣтъ отвергнутъ кардинальные пункты чрезвычайнаго указа, ради которыхъ онъ былъ изданъ,—онъ тотчасъ, ipso jure, утрачиваетъ силу. Одно изъ основныхъ положеній, выработанныхъ доктриной и практикой чрезвычайно-указнаго права заключается въ томъ, что дискреціоннымъ полномочіямъ правительства въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа, соотвѣтствуютъ дискреціонныя полномочія парламента въ моментъ обсужденія чрезвычайнаго указа. Чрезвычайный указъ существуетъ лишь до тѣхъ поръ, пока опредѣленно не выражена воля одной изъ двухъ палатъ прекратить его дѣйствіе; въ этотъ моментъ судьба его рѣшается и рѣшена парламентомъ. Съ этой точки зрѣнія, разумѣется, безразлично отклонила ли Государственная Дума представленіе министра объ *оставленіи въ силѣ* чрезвычайнаго указа или согласилась съ нимъ объ *отмѣнѣ* его: желаніе Государственной Думы, чтобы чрезвычайный указъ утратилъ свою силу, является достаточнымъ основаніемъ для того, чтобы онъ пересталъ существовать [1]). Здѣсь слѣдуетъ исходить изъ того общаго принципа

[1]) Иначе пришлось бы допустить, что Государственная Дума и правительство могутъ желать отмѣны чрезвычайнаго указа, но Государственный Совѣтъ, желая сохранить его силу, можетъ дать жизнь нормѣ, противъ которой высказались Государственная Дума и само правительство, издавшее норму, т. е. мѣра законодательнаго значенія, принятая безъ участія Государственной Думы и Государственнаго Совѣта, можетъ затѣмъ сохранить свою силу по волѣ одного только Государственнаго Совѣта; такимъ образомъ, во время прекращенія занятій Государственной Думы, акты съ временной силой закона издаетъ Государь, а потомъ они могутъ существовать по волѣ одного только Государственнаго Совѣта и вопреки волѣ двухъ другихъ элементовъ законодательной власти,—конструкція, очевидно, недопустимая. Могутъ возразить, что такова судьба всѣхъ законопроектовъ объ отмѣнѣ дѣйствующаго закона: несмотря на желаніе двухъ элементовъ законодательной власти, разъ третій противится, законъ сохраняетъ свою силу. При этомъ однако забываютъ, что *законъ* издается съ соблюденіемъ *необходимыхъ гарантій*, соотвѣтствующихъ важности и постоянству дѣйствія законодательныхъ постановленій, напримѣръ, теперь — при участіи Государственной Думы и Государственнаго Совѣта; этимъ увеличеннымъ и исключительнымъ гарантіямъ, коими обставляется изданіе законовъ, соотвѣтствуетъ и квалифицированная ихъ прочность и устойчивость (по сравненію, напримѣръ, съ указами), благодаря которой они не могутъ быть отмѣнены безъ согласія всѣхъ трехъ элементовъ законодательной власти:

нашего новаго права, что норма законодательнаго характера, если она создана однимъ изъ элементовъ законодательной власти, не можетъ получить силы, разъ она отвергается однимъ изъ двухъ другихъ элементовъ. Для того, чтобы законодательная норма возникла, какъ таковая, необходимо согласіе всѣхъ трехъ элементовъ законодательной власти; если же она была создана безъ соблюденія этого условія, она можетъ сохранить свою дальнѣйшую силу только при послѣдующемъ участіи всѣхъ трехъ элементовъ. Въ этомъ заключается существо права, охраняемаго ст. 87-й: это дискреціонное полномочіе правительства, основанное на конституціи, поставившей ему предѣлы, и черпающее свою силу въ послѣдующемъ одобреніи *обѣими палатами* мѣръ, принятыхъ на основаніи этихъ полномочій. Слѣдовательно, для оставленія въ силѣ чрезвычайнаго указа необходимо согласіе всѣхъ элементовъ, образующихъ во всей своей совокупности законодательную власть, а не одной ея трети: постольку желаніе Государственнаго Совѣта не можетъ явиться достаточнымъ основаніемъ для оставленія въ силѣ чрезвычайнаго указа, въ особенности, когда другая палата явно тому противится и само правительство отклоняетъ отъ себя въ настоящее время отвѣтственность за мѣру, ранѣе имъ принятую.

Итакъ, поведеніе министерства, являющееся причиной прекращенія дѣйствія чрезвычайнаго указа, можетъ быть выражено въ видѣ трехъ условій, замѣняющихъ собою первое условіе, указанное въ ст. 87, если его расчленить и дополнить его спеціальную природу общими положеніями нашего права. Чрезвычайный указъ теряетъ силу, во 1-хъ, если въ теченіе двухъ мѣсяцевъ не будетъ внесенъ въ Государственную Думу соотвѣтствующій ему законопроектъ; во 2-хъ, если законопроектъ будетъ внесенъ, но Государственная Дума признаетъ его несоотвѣтствующимъ принятой мѣрѣ; въ 3-хъ, если Государственная Дума приметъ законопроектъ правительства объ отмѣнѣ чрезвычайнаго указа.

вѣдь они участвовали въ самомъ изданіи закона. О какихъ-либо гарантіяхъ, тождественныхъ или аналогичныхъ указаннымъ, при изданіи чрезвычайнаго указа, нѣтъ, конечно, рѣчи, и потому падаетъ основаніе для сообщенія ему квалифицированной устойчивости закона, т. е. силы дѣйствія вплоть до законодательной отмѣны.—Устойчивая сила старыхъ законовъ, т. е. изданныхъ до 27 апрѣля 1906, объясняется отчасти изложенными соображеніями (участіе Гос. Совѣта), отчасти требованіемъ *единства* порядка отмѣны всѣхъ вообще законовъ, независимо отъ времени ихъ изданія, отчасти соображеніями юридической техники и прочности правопорядка.

2. Непринятіе Гос. Думой или Гос. Совѣтомъ законопроекта, соотвѣтствующаго принятой мѣрѣ.

I. Непринятіе законопроекта Гос. Думой. Согласно второму условію изучаемой части ст. 87, чрезвычайный указъ теряетъ силу, если Государственная Дума не приметъ соотвѣтствующаго принятой мѣрѣ законопроекта. Это значитъ, что если Государственная Дума, особымъ своимъ постановленіемъ, отклонитъ законопроектъ, соотвѣтствующій принятой мѣрѣ, то съ этого момента „дѣйствіе мѣры прекращается", т. е. чрезвычайный указъ утрачиваетъ свою силу. Непринятіе есть отклоненіе всего законопроекта въ цѣломъ, ибо поправки къ законопроекту означаютъ, что Государственная Дума, не одобряя его деталей, согласна принять его принципіальныя основанія и дать имъ силу дальнѣйшаго существованія въ видѣ закона. Въ такомъ случаѣ чрезвычайный указъ продолжаетъ существовать до того момента, когда Государственный Совѣтъ или Государь откажутъ въ своемъ одобреніи или утвержденіи законопроекту, и тогда теряетъ силу чрезвычайный указъ,—или же, наоборотъ, оба они согласятся съ Государственной Думой, и чрезвычайный указъ превратится въ законъ, которымъ поглощенъ будетъ чрезвычайный указъ. Этотъ случай самъ по себѣ ясенъ со всѣми его послѣдствіями. Въ тотъ моментъ, какъ Государственная Дума отвергла законопроектъ,—соотвѣтствующій ему чрезвычайный указъ немедленно утрачиваетъ свою силу: это вытекаетъ изъ того, что разъ нѣтъ согласія одного изъ элементовъ законодательной власти на принятіе внесеннаго законопроекта, то согласіе другихъ, если бы даже было извѣстно, что оно будетъ дано,—безразлично; дальнѣйшее движеніе законопроекта становится излишнимъ и прекращается.

Гораздо сложнѣе другой вопросъ: можетъ ли Государственная Дума по собственной иниціативѣ отмѣнить чрезвычайный указъ [1])?

---

[1]) Вопросъ этотъ, возникшій въ Государственной Думѣ II созыва, рѣшенъ ею утвердительно. Вскорѣ послѣ начала сессіи, 9 марта 1907 года, 44 депутата внесли законопроектъ объ отмѣнѣ Высочайше утвержденнаго 19 августа 1906 года положенія совѣта министровъ объ учрежденіи военно-полевыхъ судовъ; 13 марта онъ былъ переданъ въ комиссію, а 17 апрѣля былъ принятъ Государственной Думой во всѣхъ трехъ чтеніяхъ, безъ передачи въ редакціонную комиссію. Съ этого момента, съ 17 апрѣля 1907 г., упомянутый выше указъ надо признать утратившимъ силу. Хотя законопроектъ объ его отмѣнѣ, принятый Государственной Думой, и былъ *отклоненъ* Государственнымъ Совѣтомъ 7 мая 1907 г., но это имѣло практическое

Можетъ ли она, не выжидая внесенія законопроекта, соотвѣтствующаго чрезвычайному указу, приступить къ обсужденію вопроса объ его отмѣнѣ? На вопросъ этотъ отвѣчаютъ двояко. Съ одной стороны опираются на букву ст. 87 и указываютъ, что она заключаетъ въ себѣ исчерпывающее перечисленіе всѣхъ допустимыхъ способовъ прекращенія дѣйствія чрезвычайнаго указа, но въ ихъ числѣ оспариваемаго способа нѣтъ: нѣтъ никакихъ указаній на то, что чрезвычайный указъ можетъ быть отмѣненъ по иниціативѣ самой Государственной Думой; слѣдовательно, Гос. Дума не можетъ покушаться на двухмѣсячную привилегію, созданную закономъ для чрезвычайнаго указа. Съ другой стороны, обращаютъ вниманіе на общія основанія нашего права и указываютъ, что если Государственной Думѣ предоставлена законодательная иниціатива, т. е. если она можетъ постановить объ отмѣнѣ всякаго постояннаго закона (конечно, не основного), то à fortiori слѣдуетъ заключить, что она можетъ постановить объ отмѣнѣ акта съ *временной* силой закона, по существу менѣе прочнаго и менѣе охраняемаго; иначе пришлось бы допустить, что онъ обладаетъ бо́льшей силой, чѣмъ законодательное постановленіе [1]). При всей справедливости этой послѣдней точки зрѣнія самой по себѣ, она, въ сопоставленіи съ первой, заключаетъ въ себѣ одинъ существенный юридико-логическій порокъ; она возражаетъ на выводъ изъ *спеціальнаго* закона ссылками на *общія* нормы права, изъ коихъ данный законъ составляетъ изъятіе. Согласно основнымъ началамъ права, общія нормы лишь дотолѣ сохраняютъ свою силу по отношенію къ спеціальнымъ нормамъ, доколѣ имъ не противорѣчатъ. Слѣдовательно, основная задача,

---

значеніе лишь для 2-й части законопроекта, о пересмотрѣ приговоровъ военно-полевыхъ судовъ, еще не приведенныхъ въ исполненіе, а также дѣлъ, по коимъ осужденные отбываютъ наказаніе. Что же касается 1-й части законопроекта, объ отмѣнѣ указа 19 августа, то она тотчасъ же лишила силы указъ. Постановленіе Государственной Думы имѣло, впрочемъ, только принципіальное значеніе. *Стеногр. отч.* II Гос. Думы, стр. 525, 2284.— См. также *Указатель* къ стеногр. отчетамъ Государственной Думы, II созывъ, 1907, Спб. 1907, стр. 300—301.

[1]) Стеногр. отч. II Гос. Думы, засѣд. 13 марта 1907 г., стр. 512—518 (рѣчи *предсѣдателя совѣта министровъ* и д. *Гессена*. Ср. крайне интересныя замѣчанія въ аналогичномъ смыслѣ во время преній по § 63 Прусской конституціи, въ связи со ст. 106, *Stenographische Berichte* über die Verhandlungen der durch die Allerh. Vrdng vom 2 November 1850 einberufenen Kammern, Zweite Kammer, I, Berlin, 1851, S. 103 (abg. *von Beckerath*), 14 Sitzung am 15 *Januar 1851*.

стоявшая предъ второй изъ приведенныхъ точекъ зрѣнія, состояла бы въ томъ, чтобы доказать, что слѣдствія, изъ нея выведенныя, не будучи противорѣчіемъ спеціальному закону (ст. 87-й), являются его истолкованіемъ и дополненіемъ. Поскольку этого не сдѣлано, постольку приведенныя соображенія, справедливыя сами по себѣ, не являются дѣйствительнымъ возраженіемъ на доводы первой точки зрѣнія. Сила этой послѣдней опирается на два момента, спеціально извлеченные изъ ст. 87-й: во 1-хъ, что ст. 87 даетъ *исчерпывающій перечень* путей отмѣны чрезвычайнаго указа; во 2-хъ, она презюмируетъ двухмѣсячный срокъ, какъ *привилегію въ пользу времени дѣйствія чрезвычайнаго указа*. Такъ ли это? Такова ли, во 1-хъ, дѣйствительная природа этого срока?

Сущность ст. 87-й заключается, какъ мы видѣли, въ томъ, что въ нѣкоторые моменты государственной жизни, въ полномочія „Верховной Исполнительной Власти", т. е. Государя, какъ главы управленія, входитъ изданіе мѣръ законодательнаго характера, т. е. изданіе такихъ мѣръ становится функціей правительственной власти. Это—не право пользоваться *законодательной властью*, а переведеніе, въ извѣстный моментъ и на извѣстный срокъ, *функцій* законодательной власти въ сферу функцій правительственной власти. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ весь вопросъ—въ *продолжительности* этого срока: распространяется ли онъ и на промежутокъ въ два мѣсяца послѣ возобновленія занятій? Очевидно, что изучаемая функція въ эти два мѣсяца перестаетъ носить характеръ *правительственной* функціи, и съ момента созыва Государственной Думы она вновь получаетъ присущую ей природу функціи законодательной власти, т. е. никто, кромѣ совокупности всѣхъ законодательныхъ органовъ, не можетъ осуществлять этой функціи: разъ пало одно изъ главнѣйшихъ *условій* права (отсутствіе Государственной Думы), лишается почвы и самое право. Теперь обратимъ вниманіе на смыслъ установленія двухмѣсячнаго срока. Прежде всего онъ имѣетъ значеніе конституціонной гарантіи: путемъ *фиксаціи срока* обязать правительство внести чрезвычайный указъ на обсужденіе палатъ, если оно желаетъ продолжить срокъ дѣйствія указа. Если бы срока не было установлено вовсе, а было бы просто указано (какъ въ Прусской, Саксонской, Болгарской, Японской конституціяхъ), что правительство обязано внести въ Государственную Думу соотвѣтствующій чрезвычайному указу законопроектъ въ ближайшую сессію, а до рѣшенія его судьбы палатами, чрезвычайный указъ сохраняетъ свою силу,—то такой порядокъ внесенія,

не ограниченный срокомъ, раздвигалъ бы полномочія правительства до недоступныхъ контролю размѣровъ, и чрезвычайный указъ дѣйствовалъ бы неограниченное время и во время занятій Государственной Думы, до тѣхъ поръ, пока правительство сочло бы для себя удобнымъ внесеніе чрезвычайнаго указа на обсужденіе палатъ. Чтобы устранить возможность подобнаго положенія, устанавливается ограничительное для правительства условіе: позволяется правительству внести законопроектъ *не позже*, чѣмъ черезъ два мѣсяца послѣ начала занятій Государственной Думы, угрожая, въ противномъ случаѣ, чрезвычайному указу утратой силы. Съ этой стороны изучаемый фрагментъ обращенъ *противъ* правительства, принуждая его въ опредѣленный срокъ внести въ Государственную Думу законопроектъ, соотвѣтствующій чрезвычайному указу, и постольку двухмѣсячный срокъ имѣетъ значеніе *гарантіи скорѣйшаго внесенія* законопроекта.

Но если необходимо побудить правительство къ скорѣйшему внесенію законопроекта, то, съ другой стороны, нельзя, по смыслу ст. 87-й, требовать отъ него внесенія законопроекта *немедленно* послѣ начала занятій. Въ самомъ дѣлѣ, мы знаемъ, что если правительство не успѣетъ воспользоваться своимъ правомъ въ теченіе двухъ мѣсяцевъ, то оно его утрачиваетъ, какъ таковое, вовсе; между тѣмъ не трудно представить себѣ, что возможность немедленнаго осуществленія этого права можетъ встрѣтить существенныя затрудненія: начало сессіи, иногда парламента, впервые собирающагося, можетъ сопровождаться обремененіемъ министерства дѣлами, которое не оставляетъ ему никакой дѣйствительной возможности тотчасъ же выработать и внести законопроектъ, соотвѣтствующій принятой мѣрѣ, и воспользоваться правомъ, предоставленнымъ ему ст. 87-й. Поэтому, въ виду особой важности этого права, а также въ виду опасности его утраты, оно, по мысли ст. 87, должно быть охранено прочной *гарантіей*, обезпечивающею возможность его осуществленія; такой гарантіей и служитъ двухмѣсячный періодъ, который по существу своему является *преклюзивнымъ срокомъ*, ибо пропускъ его влечетъ за собою утрату самого права. Несомнѣнно, что *величина* этого срока возбуждаетъ сомнѣнія и возраженія, и юридически обосновать ее представляется тѣмъ болѣе труднымъ, что, по духу чрезвычайно-указнаго права, однимъ изъ важнѣйшихъ коррективовъ этого права является *скорѣйшій контроль* народнаго представительства, что этотъ контроль долженъ быть осуществленъ въ *кратчайшій срокъ* и что для

охраны права правительства болѣе, чѣмъ достаточно и срока установленнаго австрійскимъ правомъ (4 недѣли). Но смыслъ установленія самого срока, независимо отъ той или иной его продолжительности, не подлежитъ сомнѣнію: значеніе этого срока заключается въ стремленіи обезпечить время, достаточное для внесенія законопроекта въ Государственную Думу и тѣмъ охранить отъ случайностей разсматриваемое право правительства. Слѣдовательно, съ одной стороны, срокъ этотъ есть *гарантія отъ злоупотребленій* правительства, съ другой—*охрана права* правительства, съ одной стороны, это—*максимумъ*, въ теченіе котораго оно можетъ воспользоваться своимъ правомъ, а съ другой—*минимумъ*, въ теченіе котораго это право для него охраняется. Другими словами, разсматриваемый срокъ однимъ своимъ концомъ направленъ въ защиту правъ палатъ, другимъ—въ защиту правъ правительства; въ одно и то же время онъ для правительства является и льготнымъ и обременительнымъ.

Какое же *право* правительства защищается этимъ срокомъ, въ какомъ смыслѣ онъ является *льготнымъ* для правительства? Мы видѣли, что ст. 87 предусматриваетъ превращеніе чрезвычайнаго указа въ законъ, что въ связи съ этимъ она охраняетъ право правительства вносить въ чрезвычайный указъ нѣкоторыя измѣненія, не колеблющія его назначенія и главныхъ принциповъ, что это право принадлежитъ правительству не только вплоть до возобновленія занятій Думы, но и въ теченіе двухъ мѣсяцевъ послѣ того. Ясно, что льготный характеръ двухмѣсячнаго срока именно въ томъ и заключается, что онъ обезпечиваетъ *право правительства добиваться превращенія чрезвычайнаго указа въ законъ*; лишь въ интересахъ и въ виду этого послѣдняго намѣренія правительства, сохраняетъ, какъ побочное слѣдствіе, чрезвычайный указъ свою силу, ибо нецѣлесообразно было бы усложнять правовую практику короткимъ перерывомъ въ дѣйствіи указа, разъ его ждетъ эвентуальное превращеніе въ законъ. Но если двухмѣсячный срокъ защищаетъ право правительства только въ томъ смыслѣ, что обезпечиваетъ ему возможность скорѣйшаго превращенія чрезвычайнаго указа въ законъ, то разъ Государственная Дума, по своей иниціативѣ, возбуждаетъ вопросъ о чрезвычайномъ указѣ, имѣя въ виду лишить его силы, то право правительства въ охранѣ ужъ болѣе не нуждается, такъ какъ, въ виду отрицательнаго отношенія Думы, оно *неосуществимо*. Если же отношеніе Думы еще неизвѣстно, а рѣчь идетъ еще только о томъ, что по требованію необходимаго

числа своихъ членовъ, она намѣрена приступить къ обсужденію существа и дальнѣйшей судьбы чрезвычайнаго указа, то этимъ право правительства не нарушается. Возможность превращенія чрезвычайнаго указа въ законъ этимъ не только не устраняется, но, напротивъ, со стороны срока *обезпечивается*: создается новый мѣсячный срокъ для правительства и отодвигается та работа министерства, которая могла бы отклонить его отъ выработки законопроекта, соотвѣтствующаго принятой мѣрѣ. Въ этомъ смыслѣ изъ самаго характера двухмѣсячнаго срока вытекаетъ право Государственной Думы возбудить вопросъ о дальнѣйшей судьбѣ чрезвычайнаго указа, и во всякомъ случаѣ право это не противорѣчитъ указанному смыслу двухмѣсячнаго срока. Какъ слѣдствіе всего сказаннаго, должна быть отвергнута конструкція этого срока, какъ привилегіи для *продолжительности дѣйствія чрезвычайнаго указа:* такая конструкція противорѣчила бы основному смыслу ст. 87-й, ибо только во время прекращенія занятій Государственной Думы, правительство можетъ по усмотрѣнію своему рѣшать дѣла, относящіяся къ ея вѣдѣнію, а во время ея занятій этого права ему не предоставлено; между тѣмъ, такая конструкція приводитъ именно къ тому, что правительство, разъ затронувъ вопросъ въ порядкѣ ст. 87-й, рѣшаетъ уже и дальнѣйшую судьбу этого вопроса даже во время занятій Думы, т. е. правительство и въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ занятій Думы какъ бы продолжаетъ пользоваться своими чрезвычайными полномочіями, что очевидно противорѣчитъ смыслу этихъ полномочій.

Если, такимъ образомъ, природа двухмѣсячнаго срока [1]) не

---

1) Для полноты характеристики двухмѣсячнаго срока необходимо отмѣтить еще одно его значеніе. Во время прекращенія занятій Государственной Думы могутъ быть изданы мѣры, дѣйствіе которыхъ *ограничено опредѣленнымъ промежуткомъ времени,* и въ этотъ промежутокъ изданныя мѣры исчерпываютъ свое значеніе: въ такомъ случаѣ незачѣмъ затруднять и загромождать работу законодательныхъ учрежденій ихъ разсмотрѣніемъ; поэтому, мѣры эти *автоматически убиваются самымъ истеченіемъ двухмѣсячнаго срока.* Конечно, цѣлесообразнѣе и правильнѣе было бы ихъ отмѣнить *до начала занятій* Государственной Думы, въ томъ же чрезвычайно-указномъ порядкѣ; но если это не сдѣлано или не могло быть сдѣлано, то указанный порядокъ ихъ отмѣны можетъ, хотя отчасти, исправить это упущеніе. Тѣ же соображенія примѣнимы къ мѣрамъ, *не имѣющимъ большого значенія* или *неудачность* которыхъ признаетъ само правительство, быть можетъ фактически ихъ даже и не примѣнявшее послѣ первыхъ неудачныхъ опытовъ: въ такомъ случаѣ незначительныя или неудачныя мѣры устраняются изъ разсмотрѣнія и не затрудняютъ вниманія законодатель-

является препятствіемъ для отмѣны чрезвычайнаго указа по почину Думы, то такимъ препятствіемъ можетъ явиться тотъ доводъ, что ст. 87 даетъ *исчерпывающій* перечень путей отмѣны чрезвычайнаго указа. Въ самомъ дѣлѣ, если признать, что тѣ три пути отмѣны чрезвычайнаго указа, которые указаны въ ст. 87-й (невнесеніе законопроекта въ двухмѣсячный срокъ, непринятіе его Государственной Думой или Государственнымъ Совѣтомъ), если признать, что эти три пути, являются, согласно ст. 87, единственно возможными, то споръ былъ предрѣшенъ уже самой его постановкой: путь, здѣсь прямо не указанный, ни въ коемъ случаѣ не могъ бы повлечь за собою прекращенія дѣйствія чрезвычайнаго указа. Но въ этомъ то и ошибка, что перечисленіе путей отмѣны не имѣетъ въ ст. 87-й исчерпывающаго значенія, ибо нѣкоторые пути и возможности, какъ сами собою разумѣющіеся или вытекающіе изъ ст. 87-й, разсматриваемой въ связи съ общими основаніями нашего права, — принимаются молчаливо и въ особомъ упоминаніи не нуждаются. Выше мы указали одинъ путь отмѣны чрезвычайнаго указа, вытекающій изъ условій ст. 87, но ею не указанный: въ ней предусмотрѣнъ только случай, когда правительство внесетъ законопроектъ объ *оставленіи въ силѣ* чрезвычайнаго указа или же вообще *соотвѣтствующій* чрезвычайному указу законопроектъ; но мы видѣли, что достаточно Государственной Думѣ принять законопроектъ правительства объ *отмѣнѣ* чрезвычайнаго указа, чтобы указъ тотчасъ же утратилъ силу. Вотъ первый путь, легко выводимый изъ условій, указанныхъ въ ст. 87,

---

ныхъ учрежденій, поскольку, конечно, въ средѣ этихъ учрежденій не возникнетъ вопроса о *незакономѣрности* изданія этихъ мѣръ: напримѣръ, какъ могла быть принята незначительная мѣра къ такомъ чрезвычайномъ порядкѣ, какъ путь, нормируемый ст. 87-й, когда статья эта требуетъ *необходимости* въ мѣрѣ и наличности *чрезвычайныхъ обстоятельствъ*, на которыя, конечно, едва ли можно серьезно реагировать мѣрами незначительными.—При абсолютистской практикѣ въ примѣненіи ст. 87-й такіе случаи, конечно, возможны, но слѣдуетъ особо отмѣтить, что въ такой практикѣ, въ сущности говоря, сливаются двѣ прямо противоположныя тенденціи: абсолютистская, о которой сказано выше, и *парламентарная* въ томъ смыслѣ, что направленіе современнаго развитія *стремится расчистить путь работы парламента* и осободить его отъ мелкихъ законопроектовъ, для которыхъ формально обязателенъ законодательный порядокъ, но которые въ порядкѣ управленія проводятся самимъ правительствомъ во имя экономіи и продуктивности законодательной работы,—своеобразное сплетеніе двухъ началъ, исходящихъ изъ прямо противоположныхъ политическихъ тенденцій...

но не нашедшій себѣ мѣста въ текстѣ ст. 87-й. Есть и второй путь, ею не предусмотрѣнный, но закономѣрная сила котораго основана на смыслѣ ст. 87-й и общихъ нормахъ Осн. Законовъ. Если Государственная Дума и Государственный Совѣтъ примутъ соотвѣтствующій чрезвычайному указу законопроектъ, но Государь его не одобритъ,—не очевидно ли, что и въ этомъ случаѣ чрезвычайный указъ теряетъ свою силу, такъ какъ не превратился въ законъ? Слѣдовательно, изъ общаго разума ст. 87 слѣдуетъ, что дѣйствіе мѣры прекращается и тогда, если соотвѣтствующаго ей законопроекта не одобритъ, въ силу измѣнившихся условій, Государь. Можно ли, слѣдовательно, говорить объ исчерпывающемъ характерѣ перечня условій въ ст. 87-й? Разъ отвергнутъ исчерпывающій характеръ обсуждаемаго перечня и возстановленъ его дѣйствительный смыслъ, какъ перечисленія только тѣхъ трехъ путей, которые представляютъ собою *отклоненіе отъ общаго порядка отмѣны* нормъ дѣйствующаго права, то всѣ иные общіе пути, поскольку они не противорѣчатъ принцапамъ, на коихъ основаны эти три пути, не могутъ почитаться устраненными этими тремя, и слѣдовательно къ тѣмъ двумъ, которые мы привели выше, можетъ быть присоединенъ третій, здѣсь обсуждаемый, путь отмѣны чрезвычайнаго указа по почину самой Государственной Думы. И здѣсь, какъ въ другихъ случаяхъ, мы убѣждаемся, что въ складкахъ ст. 87 таятся возможности, въ такой же мѣрѣ существенно важныя для развитія нашихъ учрежденій, какъ и юридически-необходимыя для закономѣрнаго функціонированія чрезвычайно-указнаго права...

II. Непринятіе законопроекта Гос. Совѣтомъ. Обращаясь къ 3-му условію, указанному въ ст. 87-й, мы видимъ, что чрезвычайный указъ утрачиваетъ свою силу въ томъ случаѣ, если Государственный Совѣтъ *не приметъ* соотвѣтствующаго чрезвычайному указу законопроекта, внесеннаго въ Государственную Думу и ею одобреннаго. Изъ этого видно, что если правительство внесло законопроектъ, соотвѣтствующій чрезвычайному указу, то первымъ судьей чрезвычайнаго указа, какъ и всѣхъ вообще правительственныхъ законопроектовъ (ст. 110 Осн. Зак.)—является Государственная Дума, и только въ томъ случаѣ, если она одобритъ правительственный законопроектъ, получаетъ слово Государственный Совѣтъ. Отрицательное отношеніе Государственнаго Совѣта къ законопроекту немедленно прекращаетъ дѣйствіе чрезвычайнаго указа такъ же, какъ отрицательный вотумъ Государственной

Думы. Вообще, права Государственнаго Совѣта принципіально тождественныя съ правами Государственной Думы (ст. 106 Осн. Зак., Им. Выс. ук. о переустройствѣ Учр. Гос. Сов. II. 17), почти тождственны и по отношенію къ законопроектамъ, вносимымъ въ порядкѣ ст. 87 [1]).

Можетъ ли Государственный Совѣтъ по собственному почину отмѣнить чрезвычайнный указъ? Если мотивировать право Думской иниціативы общими нормами права, т. е. полагать, что Дума, отмѣняя чрезвычайный указъ, осуществляетъ свое общее право законодательной иниціативы, то можно было бы придти къ тому, что нѣтъ основаній отрицать такое же право и за Государственнымъ Совѣтомъ. Въ такомъ случаѣ надо было бы признать, что, подобно Государственной Думѣ, Государственный Совѣтъ можетъ по собственной иниціативѣ, немедленно послѣ возобновленія своихъ занятій, поставить вопросъ о желательности или нежелательности дальнѣйшаго существованія чрезвычайнаго указа и, чрезъ мѣсяцъ (ст. 54—56 Учр. Гос. Сов.), приступить къ обсужденію вопроса о его дальнѣйшей судьбѣ: въ случаѣ отрицательнаго рѣшенія, чрезвычайный указъ тотчасъ прекращаетъ свое дѣйствіе, и обсужденію въ Думѣ не подлежитъ; если же онъ будетъ одобренъ Государственнымъ Совѣтомъ, то передается на обсужденіе Государственной Думы, подобно законопроектамъ, возникшимъ по иниціативѣ Государственнаго Совѣта (ст. 47 Учр. Гос. Совѣта).

Такое рѣшеніе вопроса представляется однако едва ли правильнымъ. Не изъ общихъ нормъ права, а изъ точнаго смысла ст. 87-й выводили мы право Думской иниціативы: общія нормы права только подкрѣпляли этотъ выводъ; но иниціатива Государственнаго Совѣта въ данномъ случаѣ *противорѣчитъ* смыслу ст. 87-й, и этотъ выводъ также подтверждается общей нормой права. Въ самомъ дѣлѣ, требуя, чтобы законопроекты, соотвѣтствующіе чрезвычайному указу, вносились сперва въ Думу, ст. 87 устанавливаетъ порядокъ разсмотрѣнія чрезвычайнаго указа, въ сущности самъ собою разумѣющійся; онъ выраженъ въ ст. 110 Осн. Зак. и представляетъ собою обобщеніе многовѣкового правила, принятаго

---

1) Это тождество правъ нарушается, между прочимъ, тѣмъ, что, какъ сказано выше, законопроектъ, соотвѣтствующій чрезвычайному указу, вносится правительствомъ всегда въ Государственную Думу, а не въ Государственный Совѣтъ: „Дѣйствіе такой мѣры прекращается, если не будетъ внесенъ *въ Государственную Думу* въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ..." (ст. 87).—Это, впрочемъ, общая особенность нашего права (ст. 110 Осн. Зак.).

въ Англіи для финансовыхъ биллей: *правительство прежде всего интересуется мнѣніемъ нижней палаты.* Съ этой точки зрѣнія, порядокъ обсужденія законопроектовъ, вносимыхъ по ст. 87-й, ничѣмъ не отличается отъ общаго порядка обсужденія всѣхъ вообще правительственныхъ законопроектовъ: постольку ему не противорѣчитъ обсуждаемая иниціатива Государственной Думы, постольку же указаніе на этотъ порядокъ въ ст. 87-й можетъ быть признано юридическимъ плеоназмомъ.

Но разъ это указаніе есть, то едва ли допустимо предположеніе, что этотъ порядокъ въ данномъ частномъ случаѣ можетъ быть нарушенъ въ пользу Государственнаго Совѣта. Почину Совѣта, слѣдовательно, противится не только ст. 87, что̀ само по себѣ достаточно, но и общее правило Думскаго пріоритета, выраженное въ ст. 110 Осн. Зак. Необходимо имѣть въ виду, что относительно всѣхъ вообще чрезвычайныхъ указовъ существуетъ предположеніе, что они подлежатъ внесенію въ Думу, какъ это можетъ быть принято для *законопроектовъ*, одобренныхъ совѣтомъ министровъ въ порядкѣ ст. 14-й Учр. Сов. Мин. Если допустить починъ Государственнаго Совѣта по отношенію къ вопросамъ, затронутымъ въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ, то его нельзя отрицать и по отношенію ко всѣмъ вообще законопроектамъ, подлежащимъ внесенію въ Государственную Думу, ибо Государственному Совѣту предоставлено возбуждать предположенія не только объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующихъ, но и объ изданіи новыхъ законовъ (ст. 43 Учр. Гос. Сов.). Такое расширеніе иниціативы Совѣта, очевидно, упразднило бы ст. 110-ю Осн. Зак.

Независимо отъ этого, признавъ въ данномъ случаѣ иниціативу Государственнаго Совѣта, пришлось бы заранѣе идти на рядъ юридически-неразрѣшимыхъ затрудненій и противорѣчій, какъ одновременное стремленіе Думы и Совѣта воспользоваться своимъ правомъ иниціативы, какъ возбужденіе Совѣтомъ вопроса о чрезвычайномъ указѣ, уже внесенномъ въ Думу или уже даже вступившемъ въ стадію разсмотрѣнія его Думой и т. д.—Но представляется вполнѣ согласнымъ съ духомъ и строемъ нашихъ учрежденій, возбужденіе вопроса въ Совѣтѣ объ *условіяхъ изданія* чрезвычайнаго указа, если эти условія не соотвѣтствовали требованіямъ закона, въ порядкѣ ст. ст. 57—59 Учр. Гос. Сов., нормирующихъ тождественное для Думы и Совѣта право запросовъ.

Обращаясь къ порядку движенія законопроекта, соотвѣтствующаго чрезвычайному указу, послѣ того, какъ онъ *принятъ Думой*,

отмѣтимъ, что если поправки къ законопроекту, предложенныя Совѣтомъ, окажутся непріемлемыми для Государственной Думы, которая однако одобряетъ принципіальныя основанія чрезвычайнаго указа, то для устраненія разногласія между палатами могутъ быть образованы согласительныя коммисіи изъ равнаго числа членовъ Государственнаго Совѣта и Государственной Думы, избранныхъ Совѣтомъ и Думой, по принадлежности, въ общемъ порядкѣ ст. 51 Учр. Гос. Думы, т. е. рѣшенія коммисіи вновь разсматриваются въ Государственной Думѣ. Надо думать, что пока обѣ палаты въ этомъ порядкѣ не придутъ къ соглашенію, чрезвычайный указъ продолжаетъ дѣйствовать. Но съ момента обнаруженія, что соглашеніе невозможно,—о чемъ и состоится резолюція одной изъ палатъ,—чрезвычайный указъ утрачиваетъ свою силу, такъ какъ невозможность соглашенія показываетъ, что одна изъ палатъ или даже обѣ палаты придаютъ такое значеніе своимъ поправкамъ, что предпочитаютъ гибель указа несовершенству его дѣйствія.

Законопроектъ, соотвѣтствующій чрезвычайному указу, раздѣляетъ судьбу обыкновеннаго законопроекта и въ томъ отношеніи, что въ томъ видѣ, какъ онъ одобренъ Государственною Думою, онъ можетъ обсуждаться въ Государственномъ Совѣтѣ только въ теченіе текущей сессіи. Если же эта сессія закрыта, а Государственный Совѣтъ не успѣлъ разсмотрѣть законопроекта, одобреннаго Государственной Думой, то въ новой сессіи законопроектъ долженъ быть снова внесенъ въ Государственную Думу, какъ если бы она его въ предыдущую сессію не разсматривала вовсе, а Государственный Совѣтъ можетъ обсуждать его въ этомъ порядкѣ лишь послѣ новаго принятія его Государственной Думой.

Вопросъ этотъ имѣетъ свою исторію. Въ засѣданіи Государственнаго Совѣта 28 ноября 1907 г. обсуждался вопросъ о дальнѣйшемъ движеніи законопроектовъ, въ томъ числѣ и внесенныхъ въ порядкѣ ст. 87,—принятыхъ Государственной Думой II созыва, но не оконченныхъ разсмотрѣніемъ въ Государственномъ Совѣтѣ. Было указано, что законъ не даетъ категорическихъ указаній, которыя позволили бы отстаивать у насъ начало раздѣльности сессій или даже хотя бы легислатуръ, какъ общій принципъ [1]).

---

1) Въ мартѣ 1907 г., Государственный Совѣтъ подавляющимъ своимъ большинствомъ призналъ этотъ принципъ по отношенію къ законопроекту I Государственной Думы объ отмѣнѣ смертной казни, и потому рѣшилъ законопроекта этого по существу не разсматривать. Однако и здѣсь вопросъ былъ поставленъ и рѣшенъ не въ принципѣ, а для даннаго

Но къ законопроектамъ, внесеннымъ въ порядкѣ ст. 87, принципъ этотъ долженъ быть примѣненъ. Соображенія эти были развиты и обоснованы въ упомянутомъ засѣданіи Государственнаго Совѣта докладчикомъ коммисіи законодательныхъ предположеній, членомъ Государственнаго Совѣта *Манухинымъ*: „...Признавая вообще наиболѣе правильнымъ то положеніе, согласно которому,— въ случаѣ роспуска нижней палаты до истеченія срока полномочій ея членовъ,—законопроекты, принятые ею, но не оконченные обсужденіемъ до времени ея роспуска въ верхней палатѣ, по возобновленіи ея занятій не подлежатъ въ ней разсмотрѣнію по существу,— коммисія и въ этихъ предѣлахъ *затруднилась выставить приведенное начало*, какъ общее и неизмѣнное основаніе для рѣшенія порученнаго ей вопроса въ отношеніи всякихъ вообще дѣлъ, которыя могли бы оказаться незаконченными въ Государственномъ Совѣтѣ послѣ роспуска Государственной Думы, и нашла болѣе цѣлесообразнымъ обсудить, насколько это положеніе примѣнимо къ тѣмъ дѣламъ, которыя нынѣ находятся на разсмотрѣніи Государственнаго Совѣта. Съ этой точки зрѣнія, коммисія разсмотрѣла всѣ эти дѣла и подраздѣлила ихъ на три категоріи: „....Ко второму разряду коммисія отнесла дѣла, которыя были внесены въ Думу на основаніи ст. 87 Осн. Зак., и въ отношеніи къ этимъ дѣламъ нашла, что... къ нимъ примѣнимо еще болѣе, чѣмъ ко всѣмъ другимъ законопроектамъ, то положеніе, которое она признала наиболѣе правильнымъ". Прежде всего, потому, что эти законопроекты должны обсуждаться на тѣхъ же основаніяхъ и въ томъ же порядкѣ, что и каждый другой законопроектъ. „Но, мало того, къ этимъ дѣламъ соображенія коммисіи примѣнимы сугубо еще потому, что они касаются, по точному смыслу ст. 87 Осн. Зак., мѣръ, примѣняемыхъ въ обстоятельствахъ чрезвычайныхъ, т. е. въ обстоятельствахъ, которыя по самому своему существу временны и переходящи. Такъ какъ, по вопросу о наличности такихъ

случая. Членъ Государственнаго Совѣта *Сабуровъ 1-й* (засѣданіе 7 ноября 1907): „...Но Государственный Совѣтъ.... тщательно въ то время избѣгалъ разрѣшать общіе вопросы, которые могли бы возникнуть по поводу роспуска Думы". Разрѣшался лишь „частный вопросъ о томъ, можетъ ли законопроектъ, возбужденный по почину Государственной Думы и переданный въ Государственный Совѣтъ, получить дальнѣйшее движеніе въ томъ случаѣ, когда Дума была распущена на основаніи 105 статьи Осн. Законовъ. Такимъ образомъ, указанное постановленіе Совѣта есть только *разрѣшеніе спеціальнаго случая*". *Стеногр. Отч.* Государственнаго Совѣта, Сес. III, зас. 7 ноября, стр. 41—42.

обстоятельствъ, различныя точки зрѣнія особенно возможны и допустимы, то Государственному Совѣту нужно проявить въ отношеніи такихъ дѣлъ сугубую осторожность и не принимать ихъ къ своему разсмотрѣнію, пока по нимъ не выскажется вновь избранная Государственная Дума, которая можетъ *держаться въ отношеніи къ нимъ иныхъ воззрѣній, чѣмъ ея предшественница*". Государственный Совѣтъ, согласившись съ доводами докладчика, нашелъ законопроекты эти не подлежащими разсмотрѣнію по существу [1]). Вотъ конкретныя юридическія послѣдствія этого рѣшенія: Государственная Дума II созыва, 26 мая 1907 г. [2]) приняла въ третьемъ чтеніи законопроектъ о продленіи на 1907 г. предоставленнаго министру финансовъ полномочія по установленію временныхъ подесятинныхъ окладовъ государственнаго поземельнаго налога для богарныхъ и необрабатываемыхъ земель въ Туркестанскомъ краѣ (Высочайше утвержденное положеніе совѣта министровъ 31 января 1907 г.). Законопроектъ этотъ, хотя и принятый Государственной Думой, но не оконченный разсмотрѣніемъ въ Государственномъ Совѣтѣ до роспуска II Думы (3 іюня 1907 г.), вновь былъ внесенъ въ Государственную Думу III созыва, и лишь послѣ того, какъ былъ принятъ ею въ третьемъ чтеніи 12 января 1908 г., былъ переданъ въ Государственный Совѣтъ для обсужденія по существу.

в. Превращеніе чрезвычайнаго указа въ законъ.

Наконецъ, единственный случай сохраненія матеріально-юридическаго существа чрезвычайнаго указа, при уничтоженіи его формально-юридической природы, представляетъ собою принятіе соотвѣтствующаго ему законопроекта Государственной *Думой* и Государственнымъ *Совѣтомъ* и утвержденіе его *Государемъ*. Съ превращеніемъ законопроекта въ законъ, разрывается та юридическая связь, которая существовала между чрезвычайнымъ указомъ, какъ актомъ прошлаго, и законодательнымъ актомъ, какъ его непосредственнымъ преемникомъ и косвенной санкціей; вмѣстѣ съ тѣмъ, надламывается та опора, которая давала силы существованія чрезвычайному указу, какъ таковому. Но уничтожаясь, какъ указъ, онъ возрождается, какъ законъ; разрушается его юридическая

[1]) *Стеногр. Отч. Гос. Сов.* III сес., зас. 6, 28 ноября 1907, стр. 102—109.

[2]) *Стеногр. Отч. Гос. Думы*, II созыва, 1907, т. II, стр. 1252: III соз., I сес., засѣд. 19, стр. 901 (*Д. Лерхе*, докладчикъ финансовой коммиссіи).

оболочка, но сохраняется и укрѣпляется его матеріально-юридическое содержаніе.

Дѣйственное начало управленія и авторизующая санкція законодательства, оторванныя другъ отъ друга силою исключительныхъ обстоятельствъ, но всегда вынужденныя искать другъ друга и нераздѣльныя по самому существу своихъ задачъ, снова сливаются въ актѣ превращенія чрезвычайнаго указа въ законъ: этотъ законъ имѣетъ то обоюдоострое преимущество предъ всѣми другими новыми законодательными актами, что *ранѣе вступленія въ дѣйствіе*, онъ былъ уже испытанъ самою жизнью...

По окончаніи доклада [1]) открылись пренія.

К. Л. Берманьскій. Основной недостатокъ доклада—исключительно догматическая постановка вопроса. Политическая его сторона совсѣмъ не затронута. Изъ догматической области болѣе всего возраженій вызываетъ пятый тезисъ. Въ Россіи акты государственной власти суть указы или по существу, или по формѣ сообщенія Правительствующему Сенату. Мѣры, принимаемыя по 87 ст., суть указы по формѣ сообщенія, а не по существу. По существу онѣ законы, что явствуетъ изъ помѣщенія ст. 87 въ главѣ девятой Осн. Зак., озаглавленной „о законахъ“, а не въ главѣ первой „о существѣ Верховной Самодержавной Власти“. Это толкованіе подтверждается матеріалами Государственнаго Совѣта, посвященными вопросу „объ укрѣпленіи въ Россіи началъ законности“ и особаго совѣщанія по выработкѣ положенія 6 августа, гдѣ историческіе предшественники „мѣръ, принимаемыхъ по 87 ст.“ опредѣлительно названы законами.

Гр. П. М. Толстой. Я хотѣлъ бы прежде всего обратить вниманіе на нѣкоторый пробѣлъ въ докладѣ, относительно одного изъ условій, которое, казалось бы, вытекаетъ изъ существа „чрезвычайно-указнаго права“ и которое, между тѣмъ, у насъ на практикѣ не всегда соблюдалось. Если положительное право допускаетъ „разрѣшеніе единоличной властью

---

1) *Примѣчаніе редакціи.* Въ виду обширности доклада Я. М. Магазинера, имъ была прочитана въ засѣданіи юридическаго общества только часть доклада (она занимаетъ въ настоящемъ изданіи около пяти печатныхъ листовъ). Но редакція, въ видахъ цѣльности и полноты изложенія, сочла полезнымъ, по соглашенію съ авторомъ, напечатать и остальные три листа, не прочитанные въ засѣданіи юридическаго общества.

монарха вопросовъ, требующихъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ“, только „во время прекращенія занятій Гос. Думы“ и при непремѣнномъ условіи, что послѣдующее несогласіе съ принятой мѣрой со стороны одной изъ палатъ, немедленно прекращаетъ ея дѣйствіе, то едва ли представляется конституціоннымъ проведеніе въ порядкѣ ст. 87 такой мѣры, относительно которой только что передъ тѣмъ воля Госуд. Думы сказалась совершенно опредѣленно въ отрицательномъ смыслѣ: разъ имѣется прямое свидѣтельство, что та или другая палата несогласна на желательное правительству разрѣшеніе извѣстнаго законодательнаго вопроса, то использованіе въ такомъ случаѣ чрезвычайно-указнаго права представляется, казалось бы, его несомнѣннымъ извращеніемъ. А именно, такъ поступило правительство въ злополучной эпопеѣ со штатами мин. путей сообщенія послѣ того, какъ соотвѣтствующій законопроектъ, внесенный въ Гос. Думу осенью 1908 г. былъ одобренъ Гос. Думой не въ правительственной редакціи, а въ существенно исправленной редакціи, вызвавшей однако разногласіе съ Гос. Совѣтомъ: имѣя въ виду, что съ 1 января 1909 г. истекаетъ срокъ дѣйствія означенныхъ штатовъ мин. путей сообщенія, правительство и провело тогда во время Рождественскихъ каникулъ въ порядкѣ ст. 87 продленіе прежнихъ штатовъ, только что передъ тѣмъ какъ разъ неодобренныхъ Гос. Думой.

Въ связи съ этимъ случаемъ со штатами мин. путей сообщенія стоитъ вопросъ еще о другомъ условіи примѣненія ст. 87, именно о толкованіи термина „во время прекращенія занятій Гос. Думы“,—вопросъ, хотя и затронутый докладчикомъ, но нѣсколько поверхностно—безъ выясненія такой существенной стороны этого вопроса, какъ система одной сессіи въ годъ или нѣсколькихъ сессій въ нашемъ законодательствѣ. Несомнѣнно, терминологія нашего законодательства въ этомъ отношеніи весьма туманна, но выводъ, какъ мнѣ кажется, получается все-таки въ пользу того, что имѣется въ виду только одна сессія въ годъ. На это намекаетъ и грамматическая форма употребленная въ ст. 99 осн. зак. (и ст. 4 Учр. Гос. Думы и ст. 30 Учр. Гос. Сов.): „сроки *перерыва* ихъ занятій въ теченіе года опредѣляются указами Государя Императора“.—„Перерывъ“ мыслится повидимому одинъ. И еще болѣе намекаетъ ст. 7 Учр. Гос. Сов. (перешедшая изъ Учр. Гос. Сов., изд. 1901 г., ст. 30), въ которой говорится, что „предсѣдатель

Гос. Сов. *ежегодно* повергаетъ на Высочайшее воззрѣніе всеподданнѣйшій отчетъ о дѣятельности Совѣта *за каждую* истекшую *сессію*": „ежегодно", стало быть, бываетъ одна „истекшая сессія".

Наконецъ, нѣкотораго хотя бы анализа заслуживалъ бы, какъ мнѣ кажется, терминъ заключительнаго абзаца ст. 87 о прекращеніи дѣйствія мѣры, если соотвѣтствующаго „законопроекта *не примутъ*, Гос. Дума или Гос. Совѣтъ". Любопытно отмѣтить, что въ нашей судебной практикѣ одна изъ судебныхъ палатъ (Казанск.) считала именно „непринятымъ" и потому прекратившимъ свое дѣйствіе указъ 9 ноября 1906 г. послѣ того, какъ II Гос. Дума не успѣла его „принять" до своего роспуска, на каковомъ основаніи она и отказывала въ искахъ, основанныхъ на указѣ 9 ноября. Дѣло восходило до Сената по гражданск. департаменту, который, конечно отмѣнилъ практику Казанск. палаты, разъяснивъ, что „не разсмотрѣнъ" еще не значитъ „не принятъ".

Баронъ С. А. Корфъ. Сосредоточивъ вниманіе на детальномъ анализѣ 87 ст., докладчикъ упустилъ изъ виду общую постановку вопроса о чрезвычайно-указномъ правѣ и соціально-политическій характеръ этого института. Въ результатѣ имъ не дано опредѣленія кореннымъ, въ данномъ случаѣ, понятіямъ закона и указа и различія между ними. Въ исторической части мы видимъ болѣе, чѣмъ рискованное пониманіе чрезвычайно-указнаго права, какъ переходной ступени къ министерской отвѣтственности. Докладчикъ не обратилъ должнаго вниманія на ту историческую роль, которую сыгралъ данный институтъ въ эпоху борьбы полицейскаго государства противъ появлявшихся элементовъ государства конституціоннаго. Чрезвычайно-указное право представляется намъ скорѣе, какъ историческій остатокъ полицейскаго, самодержавнаго государства и какъ орудіе, которымъ пользовались для сохраненія административной власти, ея прежнихъ, широкихъ полномочій, значительно урѣзанныхъ конституціонными гарантіями. Исторія чрезвычайно-указнаго права есть не „развитіе" его, какъ его называетъ докладчикъ, а „вымираніе" этого обломка абсолютизма. Далѣе, внесенный въ палату законопроектъ въ дѣйствительности долженъ разсматриваться въ законодательномъ порядкѣ, и цѣлесообразность дѣйствій кабинета, издавшаго его въ видѣ чрезвычайнаго указа, можетъ быть лишь случайно

затронута. Въ догматической области вопроса докладчикъ, стремясь къ исчерпывающему изложенію, сдѣлалъ неудачную попытку дать ограничительное толкованіе, по существу своему не поддающемуся подобному толкованію, понятію чрезвычайныхъ обстоятельствъ. Въ частности скоропреходящность или длительность, какъ признаки соціологическіе, могутъ быть установлены лишь по истеченіи времени, а не въ моментъ изданія чрезвычайнаго указа.

Докладчикъ Я. М. Магазинеръ. Чрезвычайно-указное право— тема болѣе, чѣмъ обширная. Захвативъ ее цѣликомъ, я едва-ли могъ бы исчерпать ее въ одномъ засѣданіи юридическаго общества. Въ виду этого, я сознательно ограничилъ свой докладъ анализомъ 87 ст., и разъ это было обозначено въ тезисахъ, упрекать меня исключительной деталировкѣ едва ли справедливо. Въ частности, относительно границы понятій указа и закона, я счелъ возможнымъ поэтому ограничиться общимъ указаніемъ, что придерживаюсь теоріи формальнаго различія. Предѣлы обсужденія чрезвычайнаго указа зависятъ отъ усмотрѣнія палатъ. Въ Россіи вторая Дума останавливала свое вниманіе на цѣлесообразности дѣйствій кабинета; третья этого не дѣлаетъ. Это обстоятельство не можетъ, однако, служить опроверженіемъ моего положенія, что чрезвычайно-указное право можетъ служить и служило, какъ это было указано въ докладѣ на примѣрѣ Франціи, брешью, черезъ которую проникаетъ въ парламентскую жизнь идея министерской отвѣтственности.

Далѣе, по поводу замѣчанія бар. Корфа о преходящемъ характерѣ мѣры, докладчикъ указываетъ, что онъ говорилъ не о „мѣрѣ“, а о „*чрезвычайныхъ* (не длящихся) обстоятельствахъ“, вызывающихъ „необходимость въ мѣрѣ“. Къ такимъ обстоятельствамъ, очевидно, не могутъ быть отнесены, напримѣръ, обстоятельства, вызвавшія необходимость въ крестьянской и вѣроисповѣдной реформахъ, или объ отмѣнѣ личной подати въ измаильскомъ уѣздѣ. Баронъ Корфъ поэтому неправильно отождествляетъ „чрезвычайныя обстоятельства“ съ „необходимостью въ мѣрѣ“: необходимость — состояніе перманентное, длящееся. Что касается общаго замѣчанія барона Корфа объ излишне-тщательномъ толкованіи отдѣльныхъ словъ и выраженій закона, то съ такимъ возраженіемъ юристъ, конечно, не можетъ согласиться, ибо съ точки зрѣнія какъ юридической логики, такъ и авторитета законодательной власти нельзя до-

пускать наличности въ законѣ ненужныхъ повтореній и лишенныхъ смысла выраженій.

Отвѣчая, далѣе, К. Л. Берманьскому, докладчикъ указываетъ, между прочимъ, на то, что мѣсто, занимаемое 87-й статьей (въ главѣ „о законахъ"), отнюдь не противорѣчитъ признанію чрезвычайно-указнаго права особымъ видомъ указовъ: какъ изъятіе изъ обычнаго, „законодательнаго порядка", ст. 87-я, естественно, должна была быть помѣщена рядомъ съ общимъ правиломъ, отъ котораго она отступаетъ. Далѣе, если чрезвычайно-указное право признать вмѣстѣ съ К. Л. Берманьскимъ „провизорнымъ закономъ", то какъ объяснить то обстоятельство, что „провизорный законъ" не убиваетъ силы „отмѣненнаго" имъ закона, который напротивъ, при извѣстныхъ условіяхъ ipso jure вновь начинаетъ дѣйствовать?

Въ заключеніе докладчикъ благодаритъ графа Толстого за дополненія къ докладу, которыя онъ вполнѣ раздѣляетъ. Въ частности, по вопросу о продолжительности „сессіи" докладчикъ съ своей стороны дополняетъ замѣчанія графа Толстого ссылкой на Выс. манифестъ 21-го февраля 1906 года, въ которомъ говорится: ...„*ежегодно* распускаются и созываются указами нашими".

Предсѣдательствующій В. М. Гессенъ. Въ докладѣ данъ исчерпывающій анализъ 87 ст. Возражать противъ приведенныхъ толкованій не приходится; сомнѣніе вызываетъ только вопросъ о примѣненіи 87 ст. въ каникулярное время. Причина сомнѣній—неразработанность въ нашемъ законодательствѣ понятій: сессія, годъ и перерывъ. Это не даетъ возможности дать устойчивое толкованіе. Прежде чѣмъ закрыть собраніе, позвольте поблагодарить докладчика, детально ознакомившаго юридическое общество со столь важной статьей нашихъ основныхъ законовъ.

Засѣданіе закрыто около 12 час. ночи.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

16 декабря 1909 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія общества *В. Д. Кузьмина-Караваева.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ *Ѳ. Е. Врублевскаго*: *„О правительственномъ проектѣ введенія земскихъ учрежденій въ Западномъ краѣ"*.

Въ началѣ засѣданія собраніе по предложенію предсѣдателя избираетъ членомъ-сотрудникомъ общества докладчика Ѳ. Е. Врублевскаго.

Затѣмъ слово предоставляется докладчику *Ѳ. Е. Врублевскому* сообщившему собранію слѣдующее:

При обсужденіи въ Государственномъ Совѣтѣ въ 1863 г. проекта Положенія о земскихъ учрежденіяхъ предположено было проектъ этотъ распространить и на губерніи Западнаго края. Однако, Государственный Совѣтъ, предварительно окончательнаго разрѣшенія этого вопроса, нашелъ нужнымъ истребовать отъ мѣстныхъ генералъ-губернаторовъ ихъ мнѣніе о тѣхъ измѣненіяхъ, которыя были бы необходимы въ виду политическихъ особенностей края. Генералъ-губеранторъ Сѣверо-Западнаго края М. Н. Муравьевъ доставилъ отзывъ, заслуживающій особеннаго вниманія, такъ какъ его мнѣніе является лейтмотивомъ для всѣхъ возраженій разныхъ сановныхъ лицъ противъ введенія въ Западномъ краѣ Положенія о земскихъ учрежденіяхъ въ полномъ объемѣ; вотъ его подлинныя слова: „общее выборное начало, положенное въ основу проектированныхъ земскихъ учрежденій, поставило бы все хозяйственное управленіе края въ зависимость отъ враждебнаго намъ большею частью дворянства, мелкой шляхты и городского сословія польскаго происхожденія и римско-католическаго исповѣданія, которой они и воспользовались бы ко вреду нашему".

Раздѣляя въ принципѣ опасенія генерала Муравьева, Государственный Совѣтъ призналъ однако возможнымъ и необходимымъ введеніе въ Западномъ краѣ однородныхъ съ внутренними губерніями земскихъ учрежденій, съ необходимыми измѣненіями и Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ 1 января 1864 года положилъ: „поручить Министру Внутреннихъ Дѣлъ, по сношеніи съ мѣстными генералъ-губернаторами въ Западныхъ губерніяхъ, войти въ соображеніе о времени и способахъ введенія положенія о земскихъ учрежденіяхъ въ губерніяхъ Виленской и друг. этого края и о заключеніи своемъ по сему предмету войти съ представленіемъ въ Государственный Совѣтъ".

И вотъ, въ теченіе 32 лѣтъ министерство „входило въ соображеніе", но положеніе дѣла все оставалось въ прежнемъ видѣ.

Между тѣмъ въ цѣломъ рядѣ всподданѣйшихъ отчетовъ генералъ-губернаторовъ и губернаторовъ Западнаго края настойчиво подтверждалась полная несостоятельность существующаго порядка завѣдыванія мѣстнымъ хозяйствомъ; по этимъ отчетамъ послѣдовали Высочайшія одобрительныя отмѣтки, но министерство продолжало лишь... „входить въ соображеніе". Въ 1873 году кіевскій генералъ-губернаторъ Дондуковъ-Корсаковъ вошелъ съ представленіемъ о введеніи въ кіевской губерніи земскаго положенія съ тѣмъ лишь ограниченіемъ, чтобы въ началѣ ввести въ видѣ опыта одно только губернское земство. Но правительству не могло быть пріятно какое бы то ни было распространеніе земскаго самоуправленія; вѣдь начиная съ 1866 года цѣлымъ рядомъ законодательныхъ актовъ и циркулярныхъ распоряженій ограничивались права земствъ въ отношеніи земскаго обложенія, продовольственнаго дѣла, народнаго образованія, въ области медицины, ватеринаріи и проч. Единственнымъ мѣропріятіемъ по отношенію къ Западному краю было учрежденіе закономъ 10 декабря 1874 г. распорядительныхъ комитетовъ, стараго бюрократическаго типа, замѣстившихъ собою безчисленныя особыя по земскимъ дѣламъ присутствія.

Введеніе въ центральныхъ губерніяхъ земскаго Положенія 12 іюня 1890 г., передающаго земское хозяйство въ руки дворянскаго сословія, послужило къ усугубленію возраженій противъ введенія земствъ въ Западномъ краѣ, въ виду преобладанія въ немъ среди дворянства лицъ польскаго происхожденія. Однако недостатки управленія земскимъ хозяйствомъ въ этомъ краѣ выступали особенно рельефно при разсмотрѣніи въ Государственномъ Совѣтѣ земскихъ смѣтъ для Западныхъ губерній; наконецъ, послѣ 32-лѣтняго ожиданія, Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта отъ 22 апрѣля 1896 г. было предоставлено министру внутреннихъ дѣлъ исполнить Высочайшее порученіе отъ 1 января 1864 г. и къ 1 января 1899 г. „представить свои соображенія о мѣрахъ, кои могли бы способствовать правильной постановкѣ земскаго хозяйства въ неземскихъ губерніяхъ".

Въ виду столь категорическаго порученія министръ внутреннихъ дѣлъ И. А. Горемыкинъ внесъ въ Гос. Совѣтъ проектъ земскаго устройства Западныхъ губерній. Предположено ввести одно лишь губернское земское собраніе, составленное примѣнительно къ Положенію 12 іюня 1890 г. изъ выборныхъ гласныхъ, но исполнительный органъ, губернская управа, должна была состоять

цѣликомъ изъ чиновниковъ по назначенію отъ правительства, при чемъ указывалось, что являющаяся послѣдствіемъ подобнаго порядка усиленная вербовка русскихъ людей на земскія должности въ Западномъ краѣ, была бы довершеніемъ мѣръ къ сліянію этого края съ коренной Россіей; при этомъ предоставлялось министру внутреннихъ дѣлъ относительно образованія въ нѣкоторыхъ уѣздахъ земскихъ собраній или введенія въ нихъ полностью нормальнаго земскаго Положенія, входить каждый разъ съ представленіемъ въ Комитетъ Министровъ.

Проектъ этотъ вызвалъ однако цѣлый рядъ возраженій со стороны представителей какъ центральной, такъ и мѣстной администраціи. Кіевскій ген.-губернаторъ, М. И. Драгомировъ находилъ, что ничего не препятствуетъ введенію въ Западномъ краѣ земскаго Положенія полностью, и менѣе всего національный вопросъ, ибо если бы и появились среди нерусскаго населенія края неблагонадежные элементы, то русское правительство обладаетъ достаточной силой для ихъ укрощенія. Губернаторы кіевскій и ковенскій находили возможнымъ введеніе земства безъ отступленій отъ Положенія. Министры военный, земледѣлія и путей сообщенія, признавая въ принципѣ возможнымъ введеніе земскаго положенія, возражали, однако противъ столь существенныхъ отъ него отступленій. Губернаторы волынскій и гродненскій признали полезными нѣкоторыя ограниченія, а могилевскій полагалъ нужнымъ ограничиться пока введеніемъ нормальнаго губернскаго земства. Министры юстиціи и народнаго просвѣщенія, не предрѣшая вопроса о введеніи въ Западныхъ губерніяхъ однородныхъ съ внутренними земскихъ учрежденій, находили, что проектируемыя И. Л. Горемыкинымъ отступленія лишаютъ проектированное земство лучшей его стороны, связи съ мѣстнымъ населеніемъ. Министры двора и финансовъ, и представители государственнаго контроля и вѣдомства православнаго исповѣданія находили невозможнымъ введеніе земскихъ учрежденій даже и съ проектируемыми отступленіями, такъ какъ при допущеніи выборнаго начала дѣло мѣстнаго хозяйства было бы всецѣло отдано въ руки сплоченной польской интеллигенціи въ лицѣ мѣстнаго дворянства, до сихъ поръ еще враждебно относящагося ко всему русскому и представляющаго противоправительственную силу, борьба съ которой была бы чрезвычайно трудна, такъ какъ представителями русскаго элемента въ земствѣ явились бы главнымъ образомъ крестьяне. Этого же мнѣнія былъ и умершій въ 1897 году ви-

ленскій генералъ-губернаторъ П. В. Оржевскій, отзывъ котораго мнѣ былъ повторенъ однимъ изъ приближенныхъ къ нему лицъ; генералъ Оржевскій, не находя допустимымъ введеніе земства въ виду польскаго засилія въ краѣ, полагалъ однако, что введеніе въ земство элемента чиновничьяго повлечетъ за собой лишь „кормленіе привозной голытьбы за счетъ мѣстныхъ какъ трудящихся, такъ и имущихъ классовъ".

Проекту И Л. Горемыкина не дано было осуществиться, какъ въ виду приведенныхъ выше принципіальныхъ возраженій, такъ и вслѣдствіе возникшаго въ высшихъ сферахъ сомнѣнія въ умѣстности распространенія земскаго самоуправленія на какія бы то ни было новыя мѣстности. Вѣдь даже урѣзанное „дворянское" самоуправленіе внутреннихъ губерній не оправдало возложенныхъ на него надеждъ бюрократіи.

Въ 1898 г. при разсмотрѣніи земскихъ смѣтъ въ неземскихъ губерніяхъ на трехлѣтье 1899—1901 г. Государственный Совѣтъ запросилъ о положеніи порученія даннаго министру внутреннихъ дѣлъ; представитель этого министерства заявилъ, что предположенія о введеніи земствъ въ Западномъ краѣ „не были оставлены"; Высочайше утвержденнымъ 31 мая 1899 г. мнѣніемъ Государственнаго Совѣта опять поручено министру ускорить исполненіе возложеннаго на него въ 1896 г. порученія, при чемъ высказано было, что нѣтъ надобности связывать реформу управленія земскимъ хозяйствомъ съ обязательнымъ распространеніемъ на Западный край земскаго Положенія; тогда стало ясно, что требуется не преобразованіе, а лишь новая заплата на старомъ бюрократическомъ порядкѣ.

Министръ внутреннихъ дѣлъ Д. С. Сипягинъ воспользовался предоставленнымъ ему просторомъ и склонился всецѣло на сторону бюрократическаго земскаго устройства. Объяснительная записка къ составленному имъ въ 1901 г. проекту поясняетъ, что дѣятельность одной бюрократіи въ земскомъ дѣлѣ никогда не была благотворна вслѣдствіе незнакомства чиновниковъ съ условіями мѣстнаго быта и свойственнаго имъ недостатка упругости и предпріимчивости, но недостатки эти могутъ быть устранены и безъ привлеченія выборнаго начала, „ибо качество управленія зависитъ не отъ системы замѣщенія должностей, а отъ другихъ (?!) условій"; достаточно привлечь обывательскій элементъ къ сотрудничеству съ чиновниками, нормируя лишь существующій способъ приглашенія органами администраціи свѣдущихъ „мѣст-

ныхъ" людей, могущихъ быть полезными своими свѣдѣніями и вліяніемъ и институтъ этихъ „понятыхъ" сдѣлать постояннымъ, подобно засѣдателямъ Екатерининскаго времени; надо только новому учрежденію дать подобный земству внѣшній видъ и предоставить ему всѣ функціи выборнаго земства; эта реформа можетъ, согласно объяснительной запискѣ, имѣть существенное вліяніе на судьбу русскаго государственнаго строя, ибо если возлагаемыя на эту реформу надежды оправдаются, то естественно будетъ поставленъ вопросъ о замѣнѣ новыми учрежденіями существующихъ въ 34 губерніяхъ земскихъ установленій; согласно объяснительной запискѣ „лучшіе" люди или гласные могутъ быть назначаемы безъ различія національности, но въ текстъ проекта это не было внесено; поляки не могутъ быть однако назначаемы ни на какія должности, хотя бы и низшія, въ земскихъ установленіяхъ, ибо „едва ли удобно дѣлать отступленіе отъ правительственной системы мѣропріятій по Западному краю, которая еще не завершена", но этого запрета не надо заносить въ проектъ; „гласные" должны быть назначаемы изъ кандидатовъ, представленныхъ губернаторомъ по соглашенію съ предводителемъ дворянства, дабы согласно съ современнымъ направленіемъ русской политики „обезпечить руководящую роль въ земствѣ тому общественному классу, который былъ искони *„служилымъ"* и всею исторіей подготовленъ къ выполненію своихъ обязанностей по отношенію къ обществу и государству".

Не смотря на то, что въ особыхъ совѣщаніяхъ, въ апрѣлѣ и маѣ 1901 года, противъ этого проекта представлены были существенныя возраженія, онъ съ незначительными поправками получилъ законодательную санкцію уже при преемникѣ Сипягина Плеве 2 апрѣля 1903 года, въ видѣ „Положенія объ управленіи земскимъ хозяйствомъ" въ трехъ бѣлорусскихъ губерніяхъ, распространеннаго 26 апрѣля 1904 года на Юго-Западный край.

Полная централизація управленія земскимъ хозяйствомъ въ губернскомъ городѣ въ рукахъ лицъ, въ подавляющемъ большинствѣ непринадлежащихъ къ числу плательщиковъ земскихъ сборовъ, отсутствіе распорядительныхъ уѣздныхъ органовъ и тождественнось чиновничьяго состава новыхъ учрежденій со старыми распорядительными комитетами съ незначительной примѣсью назначаемыхъ администраціей „гласныхъ" помѣщиковъ и крестьянъ, являются типичными чертами введенныхъ этимъ закономъ уста-

новленій. Но уже начиная съ 1904 г. обнаруживается полная несостоятельность этой „реформы".

Кн. П. Д. Святополкъ-Мирскій называлъ новыя „земства" туберкулезными, а бѣлоруссы окрестили ихъ „куртатыми" (куцыми) земствами. На эту несостоятельность было обращено вниманіе комитетомъ министровъ и вслѣдствіе журнальныхъ постановленій комитета отъ 31 декабря 1904 г. и 25 января 1905 г. испрошено было Высочайшее повелѣніе 4 февраля 1905 г. о предоставленіи министру внутреннихъ дѣлъ „войти въ обсужденіе вопроса о распространеніи на Западныя губерніи предполагаемаго, согласно п. 2 Высочайшаго Указа 12 декабря 1904 г., новаго земскаго Положенія". Характерно, что комитетъ министровъ при обсужденіи указаннаго выше вопроса отмѣтилъ противорѣчіе закона 2 апрѣля 1903 г. Высочайшему Указу 12 декабря 1904 г., такъ какъ въ основѣ этого закона лежитъ „крайнее недовѣріе къ мѣстнымъ землевладѣльцамъ полякамъ и устраненіе ихъ отъ службы по выборамъ, что не вызывается ни интересами государства, ни пользою русскаго народа". Мнѣнія мѣстной администраціи единогласно осуждали „куцыя" земства, не исключая даже органовъ этихъ земствъ; такъ комитеты могилевскій, волынскій, подольскій и кіевскій ходатайствовали о введеніи земскихъ учрежденій по положеніямъ 1864 г. или 1890 г. Ходатайства эти были поддержаны кіевскимъ генералъ-губернаторомъ Сухомлинымъ и кіевскимъ губернаторомъ Савичемъ.

Виленскій генералъ-губернаторъ кн. П. Д. Святополкъ-Мирскій 28 апрѣля 1904 г. запросилъ губернаторовъ относительно необходимости преобразованія управленія земскимъ хозяйствомъ въ Сѣверо-Западномъ краѣ. Ковенскій губернаторъ П. В. Веревкинъ находилъ возможнымъ введеніе Положенія 2 апрѣля 1903 г. съ нѣкоторыми лишь измѣненіями, изъ коихъ самымъ главнымъ является предположеніе замѣнить назначеніе уѣздныхъ гласныхъ и представителей сельскихъ обществъ избраніемъ таковыхъ собраніями частныхъ владѣльцевъ и крестьянъ домохозяевъ примѣнительно къ положенію 1864 г., причемъ П. В. Веревкинъ „затруднялся" раздѣлить опасенія относительно преобладающаго вліянія поляковъ, въ виду нормальнаго количества гласныхъ (по два на уѣздъ), установленнаго ст. 10 положенія 1903 г. Виленскій губернаторъ графъ К. К. Паленъ въ обширной и обстоятельной запискѣ выступилъ рѣшительнымъ противникомъ введенія административныхъ учрежденій для завѣдыванія земскимъ хозяйствомъ и

горячимъ сторонникомъ земскаго самоуправленія; онъ находилъ необходимымъ распространить и на виленскую губернію земское положеніе 1890 г. съ слѣдующими лишь измѣненіями: 1) предсѣдателя губернской управы назначить отъ правительства; 2) утвержденіе гласныхъ предоставить власти губернатора, установивъ его право и обязанность утверждать гласными извѣстный процентъ (напримѣръ 1/3) кандидатовъ, выбранныхъ меньшинствомъ избирательнаго собранія; 3) утвержденіе членовъ управъ и предсѣдателей управъ предоставить губернатору съ правомъ его утверждать кандидатовъ меньшинства. Необходимость введенія однородныхъ по существу съ внутренними губерніями учрежденій гр. К. К. Паленъ мотивируетъ тѣмъ, что „единство законовъ, единство порядка управленія лучше всякихъ другихъ средствъ способствуетъ сліянію окраинъ съ центромъ, тогда какъ различіе въ нихъ напротивъ, напоминая населенію постоянно объ отчужденности, ведетъ къ развитію сепаративныхъ стремленій, вкореняющихся по мѣрѣ увеличенія объема особыхъ законовъ". Опасенія передачи мѣстнаго хозяйства въ руки враждебнаго Россіи польскаго дворянства представляются явно преувеличенными; хотя нельзя отрицать существованія нѣкоторой части польской интеллигенціи, относящейся еще враждебно къ русскимъ, но не менѣе значительная часть той же интеллигенціи пришла къ полному сознанію необходимости „судьбу свою связать съ судьбой Россіи". Вожаками польскаго движенія является не дворянскій землевладѣльческій классъ, поголовно проникнутый консервативными убѣжденіями, а лица городскихъ классовъ, между тѣмъ городское самоуправленіе существуетъ въ краѣ уже 20 лѣтъ, большинство думъ состоитъ изъ поляковъ, и тѣмъ не менѣе не обнаружено въ ихъ дѣятельности опаснаго для государства теченія и она „носитъ характеръ исключительно толковаго завѣдыванія мѣстнымъ городскимъ хозяйствомъ".

Въ своей запискѣ графъ К. К. Паленъ приводитъ слѣдующую характеристику чиновнаго элемента, завѣдующаго мѣстными дѣлами: „побудительнымъ стимуломъ дѣятельности пришлыхъ чиновниковъ при занятіи дѣломъ, въ преуспѣяніи котораго они, не связанные общностью требованій мѣстной жизни, не заинтересованы ни лично, ни своимъ карманомъ,—будетъ лишь достиженіе чисто чиновничьихъ идеаловъ",—результатомъ ихъ дѣятельности можетъ быть лишь „непосильное обремененіе населенія сборами на разныя вымышленныя потребности, иногда просто затѣи лицъ,

далеко стоящихъ отъ населенія, и его хозяйственныхъ нуждъ, лицъ, прошедшихъ исключительно канцелярскую школу и не чувствующихъ лично на себѣ результатовъ проектируемой или проведенной ими хозяйственной мѣры"; примѣненіе положенія 1903 г. „имѣло лишь одинъ ощутительный результатъ: увеличеніе земскихъ сборовъ на весьма значительную сумму, львиная доля которой пошла на оклады чиновниковъ, завѣдующихъ земскимъ хозяйствомъ"; „логика и сила вещей приводятъ къ необходимости въ вопросахъ мѣстнаго хозяйства руководствоваться исключительно воззрѣніями и заботой мѣстнаго населенія", это доказалъ гр. К. К. Палену собственный его опытъ по управленію виленской губерніей, гдѣ во время недорода, эпидемій, пожарныхъ бѣдствій, въ вопросѣ благоустройства мѣстечекъ, упорядоченія дорогъ и т. п. ему удалось достигнуть благопріятныхъ результатовъ лишь благодаря безкорыстному содѣйствію мѣстнаго населенія; обратное видно въ дѣлѣ народнаго образованія, въ которомъ сосредоточеніе хозяйственной части исключительно въ рукахъ чиновниковъ порождаетъ массу неурядицъ и непроизводительную трату денегъ.

27 сентября 1905 г. виленскій генералъ-губернаторъ А. А. Фрезе созвалъ совѣщаніе, въ которомъ приняли участіе делегаты мѣстнаго дворянства, избранные на особыхъ собраніяхъ, созванныхъ въ апрѣлѣ 1905 г. въ каждомъ уѣздѣ трехъ Сѣверо-Западныхъ губ. предводителями дворянства. Совѣщаніе состояло изъ 56 лицъ, изъ коихъ были четыре крестьянина и 29 поляковъ, такъ что его резолюціи можно считать мнѣніемъ представителей мѣстнаго польскаго дворянства. Совѣщаніе признало необходимымъ введеніе земскаго Положенія съ слѣдующими измѣненіями: 1) выборы земскихъ гласныхъ производить на основѣ всесословности по тремъ группамъ: землевладѣльцевъ, горожанъ и крестьянъ, безъ утвержденія крестьянскихъ гласныхъ администраціей; 2) предоставить крестьянамъ, обладающимъ цензомъ внѣ надѣльной земли, право участія въ избирательныхъ собраніяхъ другихъ группъ; 3) число гласныхъ отъ крестьянъ опредѣлить пропорціонально ихъ землевладѣнію и предоставить имъ право избирать въ гласные лицъ другихъ сословій, обладающихъ цензомъ; 4) предоставить женщинамъ, отсутствующимъ и духовнымъ лицамъ христіанскихъ исповѣданій, имѣющимъ личные цензы, право участвовать въ выборахъ чрезъ обладающихъ цензомъ уполномоченныхъ; 5) признать за землевладѣльцами право уполномо-

чивать вмѣсто себя арендаторовъ и предоставить вѣчно-чиншевымъ владѣльцамъ городскихъ имуществъ избирательное право; 6) допустить участіе евреевъ въ выборахъ на общемъ основаніи; 7) понизить цензъ для городовъ и мѣстечекъ (отъ 500 р.—3000 р.); 8) передать въ полномъ объемѣ въ вѣдѣніе земства продовольственное врачебное и санитарное дѣло и предоставить земству въ дѣлѣ народнаго образованія вѣдать хозяйственную часть, возбуждать всѣ вопросы по народному образованію, участвовать въ училищныхъ совѣтахъ съ тѣмъ, чтобы въ школахъ въ отношеніи мѣстныхъ языковъ былъ соблюдаемъ указъ 1 мая 1905 года.

Польскіе помѣщики въ краѣ совершенно правильно охарактеризованы графомъ Паленомъ, который самъ относился отрицательно къ чиновничеству можетъ быть потому, что въ противоположность тѣмъ чиновникамъ, которые, вступая на общественную службу продолжали свою чиновничью службу, онъ, прибалтійскій баронъ, будучи чиновникомъ, продолжалъ быть барономъ. Онъ чувствовалъ гораздо болѣе тѣсную связь съ помѣщичьимъ классомъ, чѣмъ съ чиновниками. Отсюда происходитъ пренебрежительное отношеніе къ чиновникамъ, людямъ, которые служатъ только за деньги и для денегъ. Онъ охарактеризовалъ польскихъ помѣщиковъ какъ классъ консервативный, который считаетъ, что судьба его связана съ Россіей, и который тенденцій противогосударственныхъ проводить не можетъ. Онъ правильно подмѣтилъ основныя черты польскаго помѣщичьяго класса: сознаніе своего классоваго положенія, хозяйственная осѣдлость, большая связь съ землевладѣльческимъ промышленнымъ хозяйствомъ,—все это болѣе опредѣленно обнаруживается у поляковъ, чѣмъ у русскихъ. Казалось бы, что польскіе помѣщики являются либералами, что изъза либеральныхъ принциповъ, ратуютъ за равноправіе національностей, за расширеніе крестьянскаго представительства и т. д.

На самомъ дѣлѣ для нихъ важно, чтобы основной догмой, изъ которой бы исходило понятіе о правѣ на участіе въ земскомъ самоуправленіи былъ цензъ и они говорятъ,—только тотъ, кто уплачиваетъ земскіе налоги, можетъ участвовать въ земскомъ самоуправленіи. Конечно имъ пріятно было бы, какъ дворянамъ, имѣть то преимущество, которое имѣютъ дворяне въ земскихъ губерніяхъ, еслибы соотношеніе площади дворянскаго землевладѣнія къ крестьянскому было бы хотя бы въ среднемъ подобно тому, которое существуетъ между крестьянскимъ и дворянскимъ землевладѣніемъ, т. е. какъ въ центральныхъ губерніяхъ дворян-

ское въ два раза превышало крестьянское. У насъ въ нѣсколькихъ лишь уѣздахъ крестьянское землевладѣніе ниже одной трети общей площади. Въ трехъ бѣлорусскихъ губерніяхъ изъ 31 уѣзда, только въ трехъ уѣздахъ, самыхъ неблагодарныхъ, минской губ. и въ одномъ уѣздѣ витебской губ. процентъ крестьянскаго землевладѣнія немногимъ менѣе одной трети, т. е. менѣе нормы, которая установлена для распредѣленія гласныхъ; во всѣхъ остальныхъ площадь крестьянскихъ земель превышаетъ одну третью, а въ нѣкоторыхъ достигаетъ двухъ третей. Для помѣщиковъ чрезвычайно важно, и это основной главный принципъ, чтобы участіе было пропорціонально цензу. Они знаютъ и безъ того, что большинство крестьянъ можетъ быть развѣ только въ нѣсколькихъ уѣздахъ. Но разъ это основаніе признано, разъ они имѣли надежду, что польское землевладѣніе можетъ распространяться, что ограничительные законы отойдутъ въ вѣчность, то они полагали, что отъ нихъ самихъ будетъ зависѣть увеличеніе цензовыхъ площадей, слѣдовательно и своего вліянія, поэтому требовали признанія за крестьянами права на участіе въ земствѣ пропорціонально цензу. У нихъ былъ притомъ коррективъ, весьма важный и характерный. Тѣхъ крестьянъ, которые имѣютъ надѣльные земли, выдѣлить въ одну курію, а всѣхъ остальныхъ разбить по куріямъ городской и частновладѣльческой. Это они и выразили въ своихъ пожеланіяхъ. Засимъ они провели своими голосами противъ голосовъ чиновниковъ и противъ голосовъ крестьянъ, то положеніе, что крестьянамъ разрѣшается выбирать лицъ другихъ сословій. Это чрезвычайно важно у насъ потому, что при сильномъ развитіи и гораздо высшемъ въ хозяйственномъ отношеніи положеніи нашихъ помѣщичьихъ хозяйствъ, чѣмъ въ центральныхъ губерніяхъ, экономическая зависимость крестьянъ гораздо сильнѣе. Чѣмъ больше переходитъ эксплоатація имѣній отъ типа чисто сельско-хозяйственнаго къ типу промышленному, тѣмъ эта зависимость больше усиливается. Достаточно указать на зависимость крестьянскихъ хозяйствъ около тѣхъ имѣній, въ которыхъ имѣются большіе винокуренные заводы—тамъ полная экономическая зависимость. При этой зависимости очень легко было бы помѣщикамъ полякамъ въ крестьянской куріи проводить, если не себя, то своихъ приказчиковъ. Совершенно не изъ демократическихъ тенденцій, они выставляли требованія облегченія права голосованія черезъ повѣренныхъ и арендаторовъ для отсутствующихъ помѣщиковъ, т. е. чтобы владѣльцы большихъ имѣній могли

голосовать черезъ своихъ арендаторовъ и черезъ своихъ повѣренныхъ. Это очень важно, потому, что тогда можно разбить имѣніе на отдѣльныя части и одинъ человѣкъ чрезъ своихъ уполномоченныхъ можетъ имѣть нѣсколько голосовъ. То же само заявлялось по отношенію къ женщинамъ, чтобы онѣ могли использовать свои права черезъ повѣренныхъ безъ ограниченія родственными степенями.

Очень характерное мнѣніе было высказано въ совѣщаніи по отношенію къ чиншевикамъ,—права были предоставлены городскимъ чиншевикамъ, потому что это шло въ ущербъ, главнымъ образомъ городу. Когда рѣчь дошла до сельскихъ чиншевиковъ, было выставлено такое положеніе:—такъ какъ земскіе сборы по чиншевымъ имѣніямъ пока у насъ уплачиваютъ владѣльцы имѣній, а не чиншевики, то они права голоса имѣть не могутъ. Также когда нѣкоторыми изъ либеральныхъ чиновниковъ былъ выдвинутъ вопросъ о возвращеніи по минимальному цензу къ положенію 64 г., т. е. чтобы на съѣзды уполномоченныхъ мелкихъ землевладѣльцевъ могли пріѣзжать лица, владѣющія $^1/_{20}$ ценза, они остались все-таки при нормѣ положенія 1890 года, чтобы право участія опредѣлялось $^1/_{10}$, а не $^1/_{20}$ ценза. Характеренъ также взглядъ помѣщиковъ при опредѣленіи участія духовенства. Духовенство по Положенію 1864 г. имѣло право принимать участіе на основаніи владѣнія церковными землями, въ съѣздахъ мелкихъ землевладѣльцевъ. По положенію 1890 г. оно участвуетъ въ земствѣ только черезъ одного депутата. Вопросъ о расширеніи правъ духовенства былъ поднятъ на совѣщаніи. Поляки помѣщики нашли, что если духовное лицо владѣетъ цензомъ, предусмотрѣннымъ въ росписи, то оно можетъ принимать участіе, но если оно владѣетъ не лично, а какъ настоятель и т. д., то не можетъ. Затѣмъ они ввели правило, которое не существовало въ Россіи и показали, какъ для нихъ дорого, чтобы лишь лица, связанные съ землей, а не отдѣленныя отъ земли, принимали участіе въ выборахъ; они установили правило, чтобы священники имѣли право принимать участіе въ земствѣ только черезъ повѣренныхъ изъ лицъ обладающихъ цензомъ. Это опять чисто ихъ, чисто мѣстный, хозяйственный и классовый интересъ. Имъ важно было, чтобы не была нарушена основная догма, чтобы принципъ участія опредѣлялся по степени участія въ земскихъ налогахъ. Что касается евреевъ, то въ трехъ губерніяхъ выяснено громадное участіе евреевъ въ платежѣ земскихъ сборовъ. По городамъ этихъ трехъ губерній,

въ виленской губ. 48,2%, въ ковенской — 58%, а въ гродненской 67% земскихъ сборовъ уплачиваютъ евреи. Невозможно было отказать такому количеству плательщиковъ въ участіи въ земскомъ самоуправленіи. Этотъ либерализмъ при томъ ничего не стоилъ.

Владѣніе цензомъ евреевъ въ уѣздахъ чрезвычайно незначительно и болѣе значительнымъ является только въ городахъ. Значитъ можно говорить, что интересы не сталкиваются и если предоставляются права евреямъ, то въ уѣздахъ ихъ голоса будутъ задавлены голосами помѣщиковъ, а въ городахъ цензовые евреи, между которыми встрѣчаются очень состоятельные люди—являются тоже консервативнымъ элементомъ. Слѣдовательно это отношеніе къ евреямъ совершенно опредѣленно объясняетъ ихъ положеніе... Еще характерный эпизодъ: присутствовавшій въ совѣщаніи, выдающійся дѣятель И. О. Корвинъ-Милевскій, впослѣдствіи подавшій голосъ за уничтоженіе ограниченій для евреевъ, раньше доказывалъ, что, такъ какъ евреи держатъ себя обособленно, то онъ предлагаетъ исключить совершенно городскія поселенія изъ земствъ, тогда эта еврейская болѣзнь будетъ локализирована. Это не было принято большинствомъ, но это служитъ характернымъ признакомъ положенія, которое занимаютъ въ еврейскомъ вопросѣ польскіе помѣщики. Характерно и то, что требовали они сравнительно высокаго ценза. Въ апрѣлѣ 1905 г., за 8 мѣсяцевъ передъ совѣщаніемъ, по предложенію ген.-губернатора А. А. Фрезе, уѣздными предводителями дворянства было созвано совѣщаніе изъ мѣстныхъ дворянъ для обсужденія вопроса, какой цензъ установить. Дворяне высказались, предполагая, что можетъ быть цензовые избиратели будутъ дѣлиться на нѣсколько курій, за цензъ отъ 20 десятинъ до 300, но на сентябрьскомъ засѣданіи они установили норму ценза, почти одинаковую съ той, которая впослѣдствіи была принята для Гос. Думы. Это характерно и съ той стороны, что они значительно понизили цензъ для городовъ. Приближаясь къ системѣ 1864 г., гдѣ для большихъ городовъ установленъ большій цензъ, для меньшихъ меньшій, они понизили установленный въ положеніи 1890 г. цензъ, цѣной въ 15000 р. и предложили установить для городовъ цензъ отъ 500 до 3000 р. въ зависимости отъ величины городовъ; такое пониженіе ценза дозволяетъ принять участіе въ выборахъ той польской мелкотѣ, которая въ городѣ не является радикальной, находится подъ вліяніемъ духовенства и не затрагиваетъ интересовъ помѣщиковъ, потому что выборы происходятъ въ другой

куріи, а можетъ послужить къ тому, чтобы затереть нежелательный элементъ.

На обсужденіе совѣщанія былъ также поставленъ вопросъ объ обезпеченіи правъ національнаго меньшинства. Управляющій канцеляріей генералъ-губернатора А. А. Станкевичъ въ прекрасно мотивированномъ докладѣ предложилъ принципъ обезпеченія правъ меньшинства совершенно демократическій, а именно, установленіе производства всѣхъ выборовъ по земскому самоуправленію по строгой системѣ пропорціональнаго представительства, примѣнительно къ западно-европейскимъ образцамъ. Предложеніе это не нашло себѣ однако сочувствія. Чиновники правда молчали; вѣдь предложеніе исходило отъ начальства. Одинъ только гродненскій губернаторъ И. Л. Блокъ высказалъ опасеніе, что подобная система выборовъ поведетъ лишь къ розни среди мѣстнаго населенія, вносящей разладъ въ земскомъ дѣлѣ. Но возражало противъ предложенія и мѣстное дворянство: И. О. Корвинъ-Милевскій находилъ принципъ пропорціональнаго представительства полезнымъ для выборовъ политическихъ, но непримѣнимымъ къ выборамъ въ земскія учрежденія, преслѣдующія исключительно задачи хозяйственныя, а графъ Ч. В. Красицкій ясно высказалъ взглядъ крупнаго землевладѣнія: „ни для кого не тайна, изъ какихъ элементовъ будетъ состоять большинство земства (онъ думалъ конечно о дворянахъ), а обезпеченіе интересовъ меньшинства является прямымъ ограниченіемъ правъ большинства". Графъ тогда не предчувствовалъ, какъ правительство будетъ четыре года спустя стараться обезпечить права польскаго помѣщичьяго меньшинства. Ввиду этихъ возраженій предложеніе А. А. Станкевича, не было подвергнуто баллотировкѣ.

Вышеприведенныя резолюціи совѣщанія были представлены въ министерство 25 ноября 1905 г. при запискѣ ген.-губернатора А. А. Фрезе, въ которой онъ обращалъ вниманіе на необходимость „теперь же безъ отсрочки" распространить на Сѣверо-Западный край силу земскаго Положенія 1890 г. съ измѣненіями согласно резолюціямъ совѣщанія. Преемникъ А. А. Фрезе, ген.-губернаторъ К. О. Кшивицкій въ іюнѣ 1906 г. повторилъ ходатайство своего предшественника о скорѣйшемъ введеніи земства на изложенныхъ основаніяхъ. Наконецъ, министръ внутреннихъ дѣлъ П. А. Столыпинъ выработалъ проектъ земской реформы для Западнаго края, который былъ имъ внесенъ 22 ноября 1906 г. въ совѣтъ министровъ для представленія на утвержденіе Государя Императора въ порядкѣ

ст. 87 Осн. Зак. Въ этомъ проектѣ предполагалось ввести въ Западномъ краѣ Земское Положеніе 1890 г. съ слѣдующими лишь измѣненіями: 1) всѣ губернскіе города, а равно города Бѣлостокъ и Бердичевъ, выдѣлить въ самостоятельныя земскія единицы съ представленіемъ въ нихъ права избранія губернскихъ гласныхъ городскимъ думамъ; 2) въ избирательныхъ собраніяхъ, съѣздахъ и ихъ отдѣленіяхъ, съѣздахъ кандидатовъ отъ сельскихъ обществъ и въ уѣздныхъ земскихъ собраніяхъ и городскихъ думахъ при выборахъ губернскихъ гласныхъ, предоставить избирателямъ, по ихъ заявленіямъ соединиться въ группы для избранія такого числа гласныхъ и уполномоченныхъ, какое причитается на долю данной группы по количеству голосовъ, по наличному составу даннаго собранія, съѣзда или отдѣленія; 3) предоставить губернатору право раздѣлять на отдѣленія второе избирательное собраніе и избирательные съѣзды; 4) должности управляющихъ отдѣльными отраслями земскаго хозяйства и завѣдующихъ самостоятельными частями дѣлопроизводства управы, а равно половину должностей по найму по каждой отрасли земскаго хозяйства предоставить исключительно лицамъ русскаго происхожденія; 5) воспретить земствамъ уменьшеніе расходовъ на сельско-врачебную часть, общественное призрѣніе, церковно-приходскія школы и другіе расходы по народному образованію противъ земскихъ смѣтъ на 1907 г. и 6) установить, что отъ перваго избирательнаго собранія въ шести литовско-бѣлорусскихъ губерніяхъ количество уѣздныхъ гласныхъ изъ лицъ русскаго происхожденія должно быть не менѣе, указаннаго въ особомъ росписаніи, въ которомъ это количество опредѣлено по каждому уѣзду по соотношенію къ количеству гласныхъ, причитающемуся по площади русскаго дворянскаго землевладѣнія, въ среднемъ, какъ 60 : 100. Необходимость введенія земства на указанныхъ основаніяхъ подтверждается въ объяснительной запискѣ между прочимъ слѣдующими соображеніями: „Со времени возстанія прошло уже свыше 40 лѣтъ; прежнія обостренныя отношенія мѣстныхъ, преимущественно польскихъ обывателей ко всему русскому смѣнились мирною, нерѣдко даже совмѣстною работою на пользу края. Вслѣдствіе измѣнившихся въ теченіе этого времени обстоятельствъ, хотя и отмѣнены нѣкоторые стѣснительные законы..., но большая часть ограничительныхъ законовъ, изъ коихъ нѣкоторые были изданы исключительно въ цѣляхъ предупрежденія новаго усиленія польскаго вліянія, а другіе имѣли характеръ кары за смуту, и понынѣ сохраняютъ свою силу. Этимъ ограничитель-

нымъ законамъ подчиняется теперь уже третье поколѣніе участниковъ возстанія, не замѣченное ни въ чемъ преступномъ. При такихъ обстоятельствахъ естественно, что лица эти не сознаютъ, во имя чего они лишены такихъ правъ и преимуществъ, какими пользуются другіе, принадлежащіе къ составу Россійскаго государства племена и народы. Къ числу такихъ преимуществъ должно быть отнесено, конечно, и участіе мѣстныхъ общественныхъ силъ, на началахъ самоуправленія, въ завѣдываніи земскимъ хозяйствомъ"...

„На основаніи приведенныхъ соображеній, въ связи съ отмѣченными выше данными о размѣрахъ польскаго землевладѣнія въ краѣ, а частью принявъ во вниманіе и результаты дѣятельности введенныхъ въ западныхъ губерніяхъ еще въ 1875—1876 гг. городскихъ общественныхъ учрежденій, находящихся преимущественно въ польскихъ рукахъ и не вызывающихъ никакихъ нареканій, министръ внутреннихъ дѣлъ пришелъ къ заключенію, что въ настоящее время не можетъ быть принципіальныхъ возраженій противъ введенія въ Западномъ краѣ земскихъ учрежденій на началахъ самоуправленія". Факультативные пропорціональные выборы и обязательный минимумъ русскихъ гласныхъ проектируется, какъ сказано въ объяснительной запискѣ: „въ цѣляхъ обезпеченія въ земскихъ учрежденіяхъ представительства съ одной стороны, за меньшинствомъ населенія, а съ другой, въ виду наблюдающагося значительнаго абсентеизма русскихъ землевладѣльцевъ въ краѣ,— за русскимъ землевладѣльческимъ классомъ", и въ виду того, что „въ бѣлорусскихъ и сѣверо-западныхъ губерніяхъ при абсентеизмѣ русскихъ помѣщиковъ, которые за немногими лишь исключеніями, не только не живутъ у себя въ имѣніяхъ, но большею частью не бываютъ въ нихъ даже по нѣсколько лѣтъ и потому не смогутъ принять участія въ земскихъ выборахъ, никакая избирательная система не можетъ обезпечить въ уѣздныхъ собраніяхъ подобающаго представительства за русскимъ дворянскимъ землевладѣльческимъ классомъ". Проектъ этотъ однако былъ взятъ министромъ обратно изъ совѣта министровъ.

Правительство, если исключить моментъ, когда оно не было увѣрено въ полномъ успокоеніи, (время совѣщанія А. А. Фрезе и перваго проекта П. А. Столыпина) стремилось лишь къ одному: усилить вліяніе чиновниковъ, уменьшить вліяніе мѣстныхъ людей, которые опасны своимъ самоуправленіемъ и въ особенности мѣстныхъ „некультурныхъ крестьянъ". Вѣдь еще князь Васильчиковъ

писалъ, что самоуправленіе ведетъ къ народному представительству. Лучше, чтобы все приближалось къ теоріи, развитой Сипягинымъ, что нѣтъ никакой разницы въ самоуправленіи между мѣстнымъ человѣкомъ, избраннымъ, и пришлымъ, назначеннымъ. И вотъ, когда наконецъ благодаря г. Пихно удалось ускорить дѣйствія администраціи, то составленный проектъ является продолженіемъ вышеуказанной политики и выдаетъ тѣхъ же авторовъ, руками которыхъ создавался законъ 3 іюня 1907 г., идеальный инструментъ, на которомъ администрація можетъ разыгрывать какую-угодно симфонію. Правда, что въ объяснительной запискѣ составленной 9 октября 1909 г. есть нѣкоторый тонъ минорный, напоминающій какъ будто, желаніе прикрываться общими принципами: говорится „объ интересахъ широкихъ крестьянскихъ массъ", говорится, что тутъ есть не только государственный интересъ, но и „моральный". По словамъ записки, такъ какъ пересмотръ Земскаго Положенія не можетъ разсчитывать на скорое окончаніе, то не надо лишать благодѣяній земскаго самоуправленія западный край и надо не только усилить русское дѣло, но и защитить интересы прочихъ національностей, значитъ не только русскихъ, но и литовцевъ и латышей. Вотъ это единственное мѣсто записки, гдѣ вспоминаются латыши и литовцы. Въ результатѣ оказалось наоборотъ,—увеличеніе правъ польскихъ помѣщиковъ за счетъ литовцевъ и латышей. Интересы широкихъ массъ тоже только въ этомъ предисловіи упоминаются. Вѣдь, дѣло земское, дѣло „культурное", а увеличеніе крестьянскихъ элементовъ въ земствѣ уменьшаетъ „культурность среды".

Проектъ былъ внесенъ въ совѣтъ по дѣламъ мѣстнаго хозяйства 9 октября 1909 г., туда были приглашены нѣкоторые изъ русскихъ земцевъ, конечно самые правые; изъ поляковъ прошли по одному отъ каждой губерніи, по назначенію губернаторовъ только, конечно, консервативные помѣщики. Были приглашены и представители такъ называемыхъ „русскихъ помѣщиковъ" Западнаго края. Я говорю „такъ называемыхъ", потому что, собственно говоря, русскихъ помѣщиковъ у насъ нѣтъ. Этотъ общепризнанный фактъ скрытъ въ объяснительной запискѣ подъ наименованіемъ „абсентеизма". Большинство землевладѣльцевъ русскаго происхожденія въ нашемъ краѣ, это чиновники; они не могутъ сидѣть на мѣстахъ, потому что они продолжаютъ свою службу. Если они идутъ куда-нибудь по выборамъ, напр. въ Гос. Думу, то по мѣткому выраженію Корвинъ-Милев-

скаго эти господа „продолжаютъ свою службу въ Гос. Думѣ". Изъ 13-ти, не считая крестьянъ и православнаго духовенства, русскихъ депутатовъ въ 3-ей Думѣ отъ Литовско-Бѣлорусскаго края одинъ лишь Евреиновъ помѣщикъ, бывшій чиновникъ, всѣ остальные чиновники и чиновники не высшіе, а губернскіе, уѣздные—чиновничья мелкота. Эти всѣ гг. Тычинины и другіе чрезвычайно характерны, они воображаютъ себя защитниками государства. Изъ нихъ самымъ обстоятельнымъ чиновникомъ, который понимаетъ какая среда его послала,—является Тычининъ, потому что онъ часто слезливо говоритъ о необходимости обезпечить участь несчастныхъ тружениковъ „въ разныхъ канцелярскихъ учрежденіяхъ", т. е. мелкихъ писцовъ. Это дѣйствительный представитель мѣстнаго населенія". Всѣ остальные думаютъ продолжать „свою службу въ Думѣ". Самымъ типичнымъ представителемъ прошлаго чиновничества, безъ всякой рѣшительной связи съ мѣстнымъ русскимъ населеніемъ, является г. Замысловскій. Тотъ фактъ, что чиновники составляютъ большинство помѣщиковъ, признается какъ бы оффиціально. Въ запискѣ теперешняго вице-губернатора Подъяконова представленной совѣщанію созванному въ 1905 г. Виленскимъ ген.-губернаторомъ имѣется указаніе на то, что не болѣе 25% русскихъ помѣщиковъ живутъ на мѣстахъ. Кромѣ того, есть особый типъ помѣщиковъ, созданный ограничительными законами: это тѣ русскіе помѣщики, для которыхъ русское имя и русское происхожденіе является предметомъ торга, это лица, которыя продаютъ свои фамиліи крупнымъ лѣсопромышленникамъ для пріобрѣтенія имѣній. Эти лица занимаются скупкою имѣній и спекуляціей на этихъ имѣніяхъ. Я указываю, что типичными представителями русскаго помѣщичьяго класса являются чиновники и спекулянты. И вотъ, въ совѣтъ по дѣламъ мѣстнаго хозяйства для обсужденія проекта земской реформы были приглашены представители русскаго помѣщичьяго класса Западнаго края; другихъ я не знаю, но наши Сѣверо-Западныя губерніи я знаю хорошо. У насъ есть нѣсколько настоящихъ помѣщиковъ, которые могли быть свѣдущими людьми — это графъ Бутеневъ-Хребтовичъ (имѣетъ въ Виленской губ. 20 т. десятинъ), это Фальцвейны (37 т. дес.), Кирьяковъ, Колодѣевъ, гр. Зубовы, Алсуфьевы и т. д.; ихъ никогда не приглашаютъ ни на какое совѣщаніе. А на это совѣщаніе, рѣшительное, отъ виленской губ. былъ приглашенъ А. М. Пимоновъ, представитель старобратческой фирмы, занимающейся подрядами

и скупкой имѣній и домовъ, а представителемъ минской губ. былъ избранъ врачъ, занимающій мѣсто на государственной службѣ, чиновникъ Здановичъ, владѣлецъ нѣсколькихъ десятинъ подгородной земли около Минска, на которой построены дачи, такъ что и губернаторы Эрдели и Любимовъ признали, что настоящими представителями русскаго помѣщичьяго класса могутъ быть только спекулянтъ и чиновникъ. Поэтому говорить о русскомъ землевладѣніи, о русскомъ помѣщикѣ иначе какъ въ ковычкахъ у насъ не приходится, и если, какъ будетъ видно, проектъ спеціально покровительствуетъ русскому помѣщичьему классу,—это фактически обозначаетъ покровительство чиновничьему элементу, покровительство людямъ, которые, войдя въ земство будутъ далеки отъ мѣстныхъ интересовъ, какъ чиновники, о которыхъ говорилъ Паленъ, будутъ прослѣдовать свои чиновничьи идеалы и будутъ продолжать службу въ земствѣ. Всѣ ихъ мнѣнія, всѣ ихъ возраженія, которыя дѣлались по поводу земскаго положенія и необходимой реформы, всѣ они типичныя для чиновниковъ. Они болѣе всего будутъ настаивать на предоставленіи всѣхъ должностей или большинства, по крайней мѣрѣ, русскимъ,—это для нихъ вопросъ кровнаго интереса,—настаивать на закрѣпленіи за ними должностей земскихъ выборныхъ, не только по найму, когда имъ присвоено жалованіе. Затѣмъ они, главнымъ образомъ, будутъ являться поборниками раздѣленія населенія на куріи, и не смотря на то, что большинство избирателей было бы русскихъ, они хотятъ куріальнаго голосованія, потому, что они по опыту знаютъ, что если на выборы попадутъ настоящіе русскіе помѣщики, то они не будутъ выбирать русскихъ чиновниковъ, а пойдутъ съ польскими помѣщиками, для избранія польскихъ и русскихъ помѣщиковъ, такъ что эти господа на хлѣбные должности не попадутъ.

Появленіе ихъ на аренѣ земской дѣятельности имѣло бы значеніе той третьей партіи въ земствѣ, о которой еще въ 70-хъ годахъ писалъ старый русскій земецъ Кошелевъ. Онъ говорилъ, что сначала шла борьба въ русскомъ земствѣ между славянофилами и либералами, но въ семидесятыхъ годахъ, когда въ разныхъ исполнительныхъ комиссіяхъ появились оплачиваемыя, а не безкорыстно-исполняемыя должности,—появилась новая партія „искателей доходныхъ мѣстъ", партія лицъ, для которыхъ земское дѣло является не земскимъ дѣломъ, а земскимъ пирогомъ. А русская помѣщичья курія будетъ состоять у насъ, если проведены будутъ

всѣ необходимыя „панцырныя укрѣпленія", исключительно изъ любителей земскаго пирога.

Засѣданіе совѣта по дѣламъ земскаго хозяйства было открыто 6 октября 1909 г. рѣчью П. А. Столыпина. Она нѣсколько, повидимому, разнится отъ тѣхъ предположеній, которыя были имъ развиваемы въ 1906 г. И вотъ, поляки могутъ сказать: „что же мы сдѣлали преступнаго въ теченіе трехъ лѣтъ, что заставило П. А. Столыпина такъ измѣнить о насъ мнѣніе". Я долженъ защищать П. А. Столыпина: онъ совершенно не измѣнилъ мнѣнія. Но случились обстоятельства: онъ былъ тогда мин. внутреннихъ дѣлъ, а теперь является представителемъ объединеннаго министерства, это первое. А во-вторыхъ, тогда еще не было полнаго „успокоенія", тогда не было еще Думы 3-го іюня и не было доказательствъ законнопослушности этой Думы. Слѣдовательно, въ 1906 г. П. А. Столыпинъ естественно долженъ былъ составлять объяснительную записку въ нѣсколько иномъ тонѣ. Но мнѣнія онъ держался вѣроятно того же, какъ и его предмѣстники. Въ рѣчи своей онъ объясняетъ, что въ прошлую сессію Гос. Думы, т. е. съ момента внесенія Іех Пихно, для правительства „выяснилась возможность провести черезъ законодательныя учрежденія законопроектъ о введеніи земскаго Положенія" (только благодаря этой посторонней помощи). Далѣе онъ говоритъ, что если до сихъ поръ этого не было, то только потому, что правительство сомнѣвалось въ возможности введенія самоуправленія. Теперь сомнѣнія правительства были обращены скорѣе въ сторону—возможно ли изыскать способы передачи мѣстному населенію разрѣшенія мѣстныхъ экономическихъ, хозяйственныхъ вопросовъ, „не поступившись государственнымъ началомъ, не поступившись повелительнымъ долгомъ Россіи пріобщать къ государственной культурѣ тѣ окраины, которыя въ силу историческихъ причинъ ее утратили". Нельзя вѣдь придираться къ П. А. Столыпину, что онъ не точно цитируетъ исторію, потому что западная часть Литовскаго края никогда русской культуры не имѣла. Также латышскіе уѣзды, они когда-то имѣли нѣмецкую культуру, а русской не имѣли никогда, но это вѣдь только риторическая вольность. То, что называлось „излишнимъ ограниченіемъ народа" въ проектѣ 1906 г., теперь называется „пріобщеніемъ къ русской культурѣ". Стало ясно, что вѣковое громадное усиліе государства въ сторону обезпеченія преобладанія въ западномъ краѣ русской государственности не можетъ быть сведено на нѣтъ, даже безъ всякой борьбы, просто въ

порядкѣ законодательнаго усмотрѣнія, или вслѣдствіе теоретическаго бездушнаго государственнаго творчества". Можетъ ли быть болѣе рѣшительное осужденіе своего собственнаго произведенія, своей же работы. Вѣдь это значитъ, что объяснительная записка и проектъ 1906 г.—это продуктъ „бездушнаго теоретическаго государственнаго творчества". Теперь, въ 1909 г. министерство поставило уже иную цѣль: „застраховать будущія земскія учрежденія отъ крупной опасности превратиться въ колонизаціонную сѣть, разносящую въ краѣ начала, если не прямо враждебныя, то во всякомъ случаѣ не совпадающія съ государственностью, опасности не только возможности поглощенія русскаго элемента въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ онъ находится въ меньшинствѣ, — но (характерное признаніе) рискованности предоставленія свободнаго состязанія народности русской и народности польской". Трудно себѣ представить, чтобы такой патріотъ, какимъ является П. А. Столыпинъ, подвергалъ русскій народъ большему самобичеванію, ибо выходитъ, что русскіе преобладаютъ численно, а культурно они ничтожны и безсильны. И вотъ говоря, что тутъ нѣтъ никакого политическаго элемента, что никто не думаетъ пожирать поляковъ, онъ успокаивалъ присутствующихъ помѣщиковъ и приглашалъ дружно содѣйствовать общей работѣ.

Въ объяснительной запискѣ, послѣ трогательнаго вступленія „о моральныхъ основаніяхъ" и „началахъ справедливости" и т. д., составитель ея приступаетъ къ изложенію основныхъ положеній. Правительство рѣшило примѣнить къ Западному краю земское положеніе 1890 г. лишь съ тѣми отступленіями, которыя вызываются особенными мѣстными условіями. Прежде всего земство должно быть безсословнымъ; это мотивируется тѣмъ, что невозможно вводить дворянское земство въ виду громаднаго преобладанія въ Западномъ краѣ дворянъ поляковъ и, если даже согласно земскому положенію 90 г., такъ называемыхъ дворянъ личныхъ, т. е. чиновниковъ, причислить къ дворянской куріи, то все-таки выйдетъ, что русскіе дворяне не составятъ значительнаго большинства во всѣхъ губерніяхъ, особенно въ сѣверо-западныхъ. При томъ, разъ было указано, что мы будемъ выжидать общей реформы земства и не будемъ вводить въ положеніе 1890 г. ненужныхъ перемѣнъ,—то мы имѣемъ вѣдь теперь въ статьѣ 32 положенія 1890 г. указаніе на губерніи сѣверо-восточныя, гдѣ нѣтъ дворянъ. Имѣются тамъ два собранія: одно всесословное собраніе, другое крестьянское; поэтому будетъ, по мнѣнію автора записки, логич-

нымъ, если мы къ губерніямъ съ преобладаніемъ дворянства примѣнимъ законъ, установленный для недворянскихъ губерній. И вотъ принимается это правило, но вмѣстѣ съ этимъ нельзя же дать преобладающаго значенія крестьянамъ, ибо это повело бы къ „пониженію культурнаго уровня" въ земствѣ, поэтому, такъ какъ крестьянскія земли въ центральныхъ губерніяхъ составляютъ 1/3 общей площади частно-владѣльческой земли, то это же правило нужно примѣнить къ западнымъ губерніямъ, хотя приложенныя къ запискѣ статистическія данныя прямо подобный выводъ опровергаютъ: въ большинствѣ уѣздовъ однѣ только надѣльныя земли составляютъ болѣе 1/3 общей площади землевладѣнія. Затѣмъ вмѣстѣ съ безсословнымъ земствомъ нужно увеличить число гласныхъ. Въ одномъ уѣздѣ земскихъ губерній число гласныхъ колеблется отъ 15 до 40. Но въ западномъ краѣ проектъ ихъ число увеличиваетъ до 36—60 на уѣздъ,—потому вѣдь, что чѣмъ больше гласныхъ, тѣмъ больше представителей незначительныхъ группъ, а въ виленской и ковенской губ. почти нѣтъ русскихъ. О цензѣ нечего разсуждать, достаточно взять цензъ, который служитъ при выборахъ въ Г. Думу. Вѣдь пониженіе ценза увеличило бы количество избирателей изъ мѣстнаго населенія во вредъ пришлому чиновничеству. Главнымъ устоемъ проекта являются національныя куріи;—необходимость ихъ установленія мотивируется тѣмъ, что при отсутствіи дѣленія избирателей по національностямъ „могутъ быть задавлены при выборахъ группы населенія, имѣющія право на огражденія ихъ интересовъ въ видахъ моральныхъ или въ виду экономическаго ихъ значенія". Если это не совсѣмъ ясное выраженіе перевести на удобопонятный языкъ, то въ связи съ послѣдующими мѣропріятіями проекта надо полагать, что по соображеніямъ „моральнымъ" имѣютъ право на огражденіе своихъ интересовъ чиновники, а по соображеніямъ „въ видахъ экономическаго значенія" ограждаются интересы польскихъ помѣщиковъ, тамъ, гдѣ они не угрожаютъ числомъ русскимъ помѣщикамъ, а могутъ помочь маіоризировать крестьянъ, т. е. увеличить представительство первой куріи. Опасность быть задавленными угрожаетъ не вообще какимъ-то народностямъ, а только русскимъ, которыхъ въ семи губерніяхъ подавляющее большинство. Но 90 уѣздовъ необходимо раздѣлить на группы; въ 23 уѣздахъ опасность угрожаетъ отъ литовцевъ и латышей, кромѣ поляковъ. Все-таки они одинаковаго съ поляками вѣроисповѣданія, могутъ съ ними соединяться, несмотря на противоположность экономи-

ческихъ и національныхъ интересовъ и русскіе чиновники могутъ быть подавлены. Эти народности, которыхъ въ началѣ, казалось, нужно было охранять отъ польскаго засилія, какъ оказывается занимаютъ наступательную позицію и могутъ подавить такъ называемыхъ русскихъ помѣщиковъ. Нужно установить для этихъ 23 уѣздовъ 2 куріи (7 виленской г., 7 ковенской и 3 витебской), курію русскую и курію нерусскую. Въ русскую зачисляются русскіе православнаго, старообрядческаго и лютеранскаго вѣроисповѣданія, а въ нерусскую—всѣ остальные. Это для того, чтобы можно было забронировать права чиновниковъ, при чемъ логика приносится въ жертву принципа, необходимаго для защиты чиновничества; бѣлоруссы расчленяются, имъ говорятъ: если ты католикъ, то иди въ нерусскую курію, если православный, то иди въ русскую. Отчего же магометане помѣщены въ польскую курію,—неизвѣстно; отчего русскіе исповѣдующіе реформатскую, а не лютеранскую религію, будутъ зачислены въ польскую курію, тоже неизвѣстно. Можетъ быть потому, что есть довольно много литовцевъ реформатскаго исповѣданія.

Во второй группѣ, обнимающей остальные 67 уѣздовъ, хотя подавляющее большинство избирателей будутъ русскіе, но надо считаться съ экономическимъ значеніемъ поляковъ, поэтому въ этой группѣ надо сохранить поляковъ. И поэтому, примѣняя справедливость къ полякамъ, ихъ совершенно не затираютъ, даже защищаютъ, выдѣляютъ польскую курію и изъ остальныхъ образуютъ непольскую. На самомъ дѣлѣ стараются предупредить возможность блока прогрессивныхъ русскихъ избирателей съ польскими. Въ результатѣ этой операціи, выходитъ, что бѣлоруссы-католики въ 23 уѣздахъ принадлежатъ къ польской куріи, въ остальныхъ принадлежатъ къ русской, что русскіе реформатскаго исповѣданія въ 23 уѣздахъ принадлежатъ къ польской куріи, а въ прочихъ къ русской. То же самое съ несчастными магометанами, то же съ караимами—неизвѣстно куда ихъ опредѣлять, потому, что они не евреи и пользуются правами. Но вѣдь это все мелочь. Главное, чтобы было извѣстно, въ какую курію можно опредѣлить чиновниковъ. Это установлено совершенно ясно. Значитъ національныя куріи мы уже имѣемъ. Какъ же распредѣлить число уѣздныхъ гласныхъ между куріями? Какъ уже сказано, надо сохранить положеніе 1890 г., не будемъ вѣдь выжидать новаго земства. Такъ какъ нельзя расширять представительства крестьянъ, поэтому нельзя раздѣлять куріи по численности насе-

ленія. Съ другой стороны степень участія въ земскихъ налогахъ, это—принципъ чисто экономическій, денежный, необходимо сохранить его, потому что тогда помѣщики и чиновники не будутъ задавлены крестьянами, а если исключительно этотъ принципъ примѣнить, то поляки получатъ большую силу. И вотъ авторъ записки, какъ новоявленный Соломонъ, разрубаетъ этотъ Гордіевъ узелъ пополамъ: взять населеніе, присчитать цензъ и раздѣлить пополамъ. Оказывается, что бюрократическая логика допускаетъ соединеніе и производство ариѳметическихъ операцій надъ столь разнородными объектами, какъ цензъ и населеніе. Что же изъ этого выйдетъ? Вотъ, напримѣръ, минскій уѣздъ. Общее количество гласныхъ 42; поляки составляютъ 11% населенія и согласно этому проценту 5 гласныхъ поляковъ должно быть изъ 42, но по площади они занимаютъ 39,5% въ уѣздѣ. Какъ же поступаетъ Соломонъ? По площади выходитъ 17 гласныхъ и по населенію 5, онъ беретъ 5 плюсъ 17, получается 22, пополамъ равняется 11;

Вотъ какъ по росписи поляки получаютъ въ минскомъ уѣздѣ 11 гласныхъ. Всѣ вычисленія основаны на приложенныхъ статистическихъ данныхъ. Не указано, какъ эти данныя собирались и неизвѣстно откуда онѣ были взяты. Вѣроятно національность частныхъ владѣльцевъ опредѣляли урядники и становые. Есть однако довольно странные казусы, позволяющіе сомнѣваться въ правильности этихъ данныхъ: къ 1 января 1905 г. собраны канцеляріей виленскаго генералъ-губернатора А. А. Фрезе для свѣдѣнія данныя о трехъ Сѣверо-Западныхъ губерніяхъ: виленской, ковенской и гродненской. Цифры этихъ данныхъ разнятся съ цифрами министерскихъ таблицъ и, при томъ въ сихъ послѣднихъ, цифры русскаго землевладѣнія больше, а цифры землевладѣнія „прочихъ" меньше; на самомъ дѣлѣ это недопустимо, потому, что послѣ закона 1 мая 1905 г. поляки и литовцы уже почти не продаютъ имѣній русскимъ. Трудно провѣрять всѣ выкладки. Но и съ выкладками не все обстоитъ благополучно; возьмемъ, напримѣръ, шавельскій уѣздъ, ковенской губ., въ таблицахъ показана въ тысячахъ рублей стоимость всѣхъ недвижимостей. Есть одна таблица всѣхъ вообще недвижимостей и другая таблица недвижимостей крестьянскихъ; и вотъ оказывается, что въ уѣздѣ „прочіе" кромѣ поляковъ, русскихъ и евреевъ, т. е. литовцы, владѣютъ пространствомъ, оцѣненнымъ, въ 5 мил. 96 тыс., по другой таблицѣ „прочимъ" крестьянамъ принадлежитъ изъ этого пространство, оцѣненное въ 14 мил. 711 тыс. Спрашивается, какъ же можетъ быть,

чтобы крестьянамъ изъ 5 мил. принадлежало 14 мил. 711 тыс.? Таблицы не разрѣшаютъ этого недоразумѣнія. Я натолкнулся на подобное недоразумѣніе и по отношенію къ г. Вильнѣ. Когда нужно было установить, чтобы русскіе, которыхъ теперь въ городской думѣ немного, имѣли право выбирать больше земскихъ гласныхъ, нужно было установить, сколько же въ городѣ жителей русскихъ. Мы видимъ изъ таблицъ, что къ 1 января 1909 г. въ Вильнѣ 205, 250 жителей, между тѣмъ, согласно памятной книжкѣ виленской губ. на 1909 г. (изд. статистичес. комит.) значится, что къ 1 января 1908 г. по произведенному подсчету было въ Вильнѣ 176 тыс. жителей, значитъ въ теченіе одного года населеніе увеличилось на 29,000,—приростъ такимъ образомъ составляетъ 16%, превышающій процентъ роста населенія, напр., въ Берлинѣ. Но сравнивая эти цифры, я вспомнилъ, что есть въ Вильнѣ вѣдь войска, и я понялъ, что когда нельзя было рѣшить этотъ вопросъ въ пользу русскихъ иначе, пришлось прибѣгнуть къ помощи „военной силы". Вообще при распредѣленіи числа гласныхъ по куріямъ авторъ записки, какъ настоящій хорошій хозяинъ, не пренебрегалъ никакой мелочью. Мы видимъ, что при дѣленіи на разныя куріи приходится встрѣчаться съ дробями. Въ математикѣ принято за правило, что больше половины считается за единицу, а меньше отбрасывается, а тутъ принято, что всякая дробь въ пользу поляковъ отбрасывается, а въ пользу русскихъ считается за единицу. А вотъ, примѣръ по отношенію къ виленскому уѣзду: если считать эти дроби по указанному методу, то получится 7 гласныхъ въ русской куріи, еслиже считать правильно, то только 5 гласныхъ. Значитъ на этой операціи въ виленскомъ уѣздѣ получается прибыль изъ двухъ гласныхъ. Но это маленькая операція. Было бы очень нехозяйственно оставлять безъ употребленія казенныя и удѣльныя земли. Мнѣ, какъ юристу, казалось, что казенныя и удѣльныя земли никакого вѣроисповѣданія и національности не имѣютъ, но изъ разсмотрѣнія министерскихъ таблицъ вижу, какъ глубоко я ошибался. Въ таблицахъ общая графа, показывающая цѣнность земель, принадлежащихъ лицамъ русской національности, православнаго и старообрядческаго исповѣданій, подраздѣляется на три графы: „1) частнымъ владѣльцамъ, 2) казнѣ и удѣламъ, 3) всего".

Значитъ мы знаемъ, что казенныя земли въ Западномъ краѣ не только русской національности, но православнаго или старообрядческаго исповѣданія. Это было открыто авторомъ записки,

хотя безъ представленія метрической выписки. Обращаюсь къ виленской губерніи; тамъ мы увидимъ, что если отбросить казенныя земли, то на русскую курію придется не 7, а лишь 4 гласныхъ. Значитъ общая операція дробныхъ и казенныхъ дѣлъ произвела трехъ гласныхъ. Но въ свенцянскомъ и трокскомъ уѣздахъ на операціи съ казенными землями русская курія получаетъ по пяти гласныхъ, а во всей виленской губ. вслѣдствіе крещенія въ православіе казенныхъ земель прибываетъ 19 гласныхъ. Значеніе операціи съ казенными землями для усиленія „православнаго" землевладѣнія, видно изъ того, что казенныя и удѣльныя земли составляютъ въ 16 уѣздахъ болѣе 10% общей цѣнности имуществъ, въ 5 уѣздахъ болѣе 20% и въ 4 уѣздахъ болѣе 33%,—максимумъ въ бобруйскомъ уѣздѣ 38%. Какъ видно изъ прилагаемой таблицы, присоединеніе казенныхъ и удѣльныхъ земель къ русской куріи усиливаетъ ее почти вдвое въ сѣверо-западныхъ губерніяхъ.

	% казенныхъ и удѣльныхъ земель по отношенію	
	Къ общей цифрѣ имуществъ.	Къ цифрѣ имуществъ русской и непольской куріи.
Виленская губ.	14, 8	39, 8
Ковенская губ.	7, 0	41, 1
Гродненская губ. (6 уѣздовъ)	19, 7	51, 8
„ „ (3 уѣзда).	20, 5	22, 0
Витебская губ. (8 уѣздовъ).	5, 0	7, 0
„ „ (3 уѣзда)	5, 8	17, 9
Минская губ.	14, 8	20, 9
Могилевская губ.	2, 9	2, 3
Кіевская губ.	5, 0	6, 3
Волынская губ.	4, 6	6, 6
Подольская губ.	2, 4	3, 3

Далѣе установлено, что во всякомъ случаѣ гласныхъ русскихъ не можетъ быть меньше трехъ въ уѣздномъ земствѣ, а что же съ поляками? есть цѣлый рядъ уѣздовъ, гдѣ ни одного гласнаго поляка не назначено, хотя поляковъ много. Но послѣ распредѣленія числа уѣздныхъ гласныхъ между двумя національными куріями русской и нерусской, польской и непольской,—проектъ приступаетъ къ распредѣленію числа гласныхъ каждой куріи между частными владѣльцами и крестьянами. Способъ распредѣ-

ленія очень простой: въ минскомъ уѣздѣ нѣтъ польскихъ крестьянъ; третья часть гласныхъ 42 : 3 = 14,—крестьянъ должно быть четырнадцать; вся русская курія 31, значитъ на долю русскихъ помѣщиковъ приходится 17; въ лидскомъ уѣздѣ нужно выбрать 30 гласныхъ, изъ нихъ 13 русскихъ. Крестьянъ русскихъ-православныхъ соотвѣтственно % выходитъ 4, а всѣ остальные помѣщики. Изъ этого происходитъ слѣдующее: крестьяне дважды оказываютъ услугу чиновникамъ, разъ увеличивая пропорцію ихъ участія своимъ численнымъ количествомъ, второй разъ, бросая на вѣсы чиновниковъ громадныя глыбы своего крестьянскаго землевладѣнія. Въ результатѣ выходитъ, что въ тѣхъ уѣздахъ, гдѣ литовцы и поляки, послѣдніе получаютъ даже больше голосовъ за счетъ нерусскихъ крестьянъ, а русскіе чиновники получаютъ свои голоса за счетъ русскаго православнаго крестьянства. Приведу нѣсколько очень характерныхъ цифръ: въ гомельскомъ уѣздѣ минской губ. крестьяне имѣютъ 82% землевладѣнія, въ городокскомъ уѣздѣ витебской губ. 62%, и въ рѣчицкомъ уѣздѣ, минской губ. 47%; имъ согласно указанному проценту слѣдовало бы имѣть гласныхъ—въ гомельскомъ уѣздѣ 44, а имѣютъ 18, въ городокскомъ 24, а имѣютъ 12, въ рѣчицкомъ 21, а имѣютъ 15, и такъ во всѣхъ почти уѣздахъ. Какъ видно изъ слѣдующихъ таблицъ сумма ценза, приходящагося на одного гласнаго изъ русскихъ крестьянъ, превышаетъ отъ двухъ до пяти разъ сумму ценза, приходящагося на одного гласнаго изъ русскихъ помѣщиковъ. Столь же справедливое распредѣленіе замѣчается между польскими помѣщиками и крестьянами литовцами и латышами [1]).

Итакъ, изъ этого можно вывести лишь одно заключеніе, что мѣропріятія, направленныя будто на защиту русскаго православнаго крестьянства, на защиту его отъ польскаго засилія, на защиту отъ экономическаго преобладанія поляковъ надъ крестьянами, порабощаютъ русское православное крестьянство чиновникамъ. Но утѣшеніемъ для крестьянъ можетъ служить то, что чиновники эти все-таки русскіе.

Данныя эти выведены изъ приложенныхъ къ запискѣ таблицъ. На самомъ дѣлѣ цѣнность находящихся въ рукахъ крестьянъ имуществъ значительно больше, такъ какъ въ таблицахъ показаны за крестьянами лишь земли надѣльныя и пріобрѣтенныя съ помощью крестьянскаго банка. Кромѣ того силу крестьянскихъ голосовъ уменьшаютъ три чиновника, пользующіеся правомъ го-

[1]) Показат. таблицу см. стр. 411.

	Приходится сумма ценза (въ тысячахъ рублей) на одного уѣзднаго гласнаго.			
	Въ русской и непольской куріи.		Въ нерусской и польской куріи.	
	Отъ помѣщиковъ.	Отъ крестьянъ.	Отъ помѣщиковъ.	Отъ крестьянъ.
Виленская губ.	130	594	298	518
Ковенская губ.	343	841	198	798
Гродненская губ. (6 уѣздовъ) . .	145	637	351	545
„ „ (3 уѣзда). . . .	206	694	637	—
Витебская губ. (3 уѣзда)	510	558	460	628
„ „ (8 уѣздовъ). . . .	472	591	565	—
Минская губ.	266	436	799	
Могилевская губ.	202	840	734	
Кіевская губ.	667	1660	2060	
Волынская губ.	498	1178	1419	
Подольская губ.	527	1672	2030	

лоса въ уѣздныхъ собраніяхъ. Въ результатѣ подобнаго распредѣленія: изъ 90 уѣздовъ, абсолютное большинство имѣютъ русскіе помѣщики, т. е. русскіе чиновники, противъ голосовъ крестьянъ и поляковъ въ 45 уѣздахъ, въ 6 уѣздахъ—половину; съ другой стороны польскіе помѣщики имѣютъ абсолютное большинство въ трехъ уѣздахъ и половину въ одномъ уѣздѣ. Это очень краснорѣчивыя цифры, въ пользу тѣхъ, для кого это дѣлается. Не есть ли это продолженіе линіи, которая была намѣчена покойнымъ Сипягинымъ? Крестьяне выбираютъ гласныхъ въ особыхъ національныхъ отдѣленіяхъ лишь въ 15 уѣздахъ, для которыхъ проектъ счелъ нужнымъ закрѣпить извѣстное количество гласныхъ за православными крестьянами. Въ двухъ уѣздахъ виленской губерніи и шести ковенской губ. нельзя было установить отдѣленій, тамъ нѣтъ православныхъ крестьянъ. Въ остальныхъ уѣздахъ отдѣленій не установлено, ибо, какъ говоритъ откровенно объяснительная записка, „польскіе крестьяне и при общихъ выборахъ не пройдутъ"; между тѣмъ въ шести изъ этихъ уѣздовъ польскіе крестьяне владѣютъ, согласно оффиціальнымъ даннымъ, цензомъ стоимостью въ полъ-милліона и болѣе на каждый уѣздъ.

Вотъ уже такъ забронированы уѣздныя земства. Впослѣдствіи будетъ указываться поляками и нѣкоторые русскіе будутъ

удивляться,—отчего такое недовѣріе къ русскому большинству, отчего проявляется недовѣріе къ забронированной русской національной куріи, отчего нужно еще дополнительныя гарантіи, отчего?—потому, что они чиновники; такъ думаетъ вѣроятно и правительство — чиновнику нельзя довѣрять, для него нужны шесть-семь надзирающихъ инстанцій, нуженъ государственный контроль. сенаторскія ревизіи. Итакъ надо выбирать въ губернское собраніе. Говорятъ, уѣздное собраніе будетъ избирать наиболѣе угодныхъ большинству, но вѣдь въ большинствѣ принимаютъ участіе поляки, они могутъ подсказывать своихъ кандидатовъ. Вѣдь они ставили кандидатуру гр. Бутенина-Хребтовича, а въ Гос. Совѣтъ выбрали гр. А. А. Бобринскаго, а они же не чиновники—такъ что тутъ нельзя довѣрять. Нужно дѣлить уѣздное собраніе на національныя отдѣленія, равно какъ и двѣ городскихъ думы, минскую и виленскую. Надо установить, сколько приходится губернскихъ гласныхъ по каждому уѣзду на каждое отдѣленіе. Конечно тутъ приходится произвести ту же операцію съ дробями, вѣдь нѣсколько голосовъ при этомъ прибавится въ пользу чиновниковъ. Но отчего же національныя отдѣленія устанавливаются въ Минскѣ и въ Вильнѣ, а не въ Кіевѣ, отчего національная курія устанавливается для нѣкоторыхъ уѣздныхъ собраній, а не для всѣхъ? Тутъ объяснительная записка откровенно говоритъ: „поляковъ все равно не выберутъ“, это говорится относительно Кіева и 22 уѣздныхъ собраній, гдѣ подавляющей массѣ русскихъ голосовъ не угрожаетъ опасность со стороны поляковъ. Тутъ уже забыли о моральныхъ обязательствахъ и необходимости сохранить поляковъ, потому что тамъ обезпечено избраніе чиновниковъ. Въ Минскѣ и Вильнѣ предполагается такое распредѣленіе: въ Вильнѣ 55 гласныхъ поляковъ должны выбирать 4 губернскихъ гласныхъ, а 9 гласныхъ русскихъ—2 губернскихъ гласныхъ, въ Минскѣ изъ 36 гласныхъ поляковъ избирается одинъ губернскій гласный, изъ 18 гласныхъ русскихъ—2 губернскихъ. Въ основаніе распредѣленія губернскихъ гласныхъ по двумъ этимъ городамъ, принята лишь численность населенія, ибо примѣненіе признака цѣнности цензовыхъ имуществъ было слишкомъ невыгодно для русской куріи.

Согласно проекту въ земскихъ выборахъ не участвуютъ вовсе евреи, такъ какъ проектъ сохраняетъ въ силѣ примѣчаніе 3 къ ст. 16 Положенія 1890 г., въ силу коего „евреи, впредь до пересмотра дѣйствующихъ о нихъ узаконеній“, въ земство не допу-

скаются. Чтобы понять, насколько это изъятіе соотвѣтствуетъ приведенному въ началѣ объяснительной записки положенію о необходимости считаться съ экономическимъ значеніемъ разныхъ группъ населенія, я припомню, что согласно даннымъ ген.-губ. Фрезе евреи городовъ Сѣверо-Западнаго края уплачиваютъ 48 до 67% общей суммы земскихъ сборовъ съ этихъ городовъ, согласно же министерскимъ таблицамъ въ девяти западныхъ губерніяхъ (кромѣ Вильно, Минска и Кіева), евреи владѣютъ цензовымъ имуществомъ, составляющимъ 6 до 22% общей стоимости частновладѣльческихъ имуществъ, а именно:

въ губерніяхъ:

Гродненской	22%
Витебской	12 „
Минской	12 „
Ковенской	10 „
Могилевской	8 „
Волынской	7 „
Кіевской	7 „
Виленской	6 „
Подольской	6 „

Какъ бы то ни было, но уже и губернское собраніе забронировано. Этого все-таки недостаточно; остается исполнительная власть; можетъ случиться, что просѣянные черезъ два сита чиновники, неблагомысляшіе поляки и „некультурные крестьяне" будутъ выбирать излюбленныхъ людей, между тѣмъ какъ они не заслуживаютъ на самомъ дѣлѣ довѣрія. Предсѣдатель губ. управы участвуетъ въ разныхъ комиссіяхъ и въ разныхъ присутствіяхъ, можетъ имѣть въ нихъ нѣкоторое вліяніе, поэтому надо установить, чтобы онъ могъ быть только русскимъ; $^1/_3$ членовъ губ. управы, а въ уѣздныхъ $^1/_2$ должны быть тоже изъ лицъ русскаго происхожденія. Но все таки надо предусмотрѣть, что не окажется нужнаго количества русскихъ чиновниковъ. Надо примѣнить тогда примѣчаніе къ 119 ст. земскаго положенія, какъ оно примѣняется въ Сѣверо-Восточныхъ губерніяхъ, назначать лицъ безъ ценза и не мѣстныхъ людей, т. е. возвратиться къ проекту Горемыкина о полезности импортированія русскихъ чиновниковъ. Остается третій элементъ, чрезвычайно подозрительный самъ по себѣ, а тутъ еще вдвое подозрительнѣе, потому что кандидатами на вольнонаемные должности явятся поляки, вѣдь ихъ на государственную

службу не пускаютъ. Для предупрежденія этой опасности постановляется, что завѣдующіе отдѣльными отраслями земскаго хозяйства и самостоятельными отдѣлами дѣлопроизводства управы должны быть русскаго происхожденія. Изъ числа прочихъ служащихъ, даже изъ самыхъ низшихъ служителей половина должна быть тоже русскихъ. Въ объяснительной запискѣ для оправданія этого мѣропріятія сказано буквально слѣдующее: „крестьянство западнаго края привыкло видѣть среди этихъ лицъ (служащихъ по земскому управленію) русскихъ преимущественно, поэтому если съ введеніемъ земскаго управленія означенныя обязанности были бы возложены на лицъ другихъ національностей, сама реформа моглабы быть встрѣчена несочувственно крестьянствомъ и быть можетъ породила бы превратныя ея толкованія". Допустить, что крестьяне литовцы и бѣлоруссы встрѣтятъ несочувственно реформу, потому что являются писцы и акушерки польскіе, а не русскіе,—это, конечно могъ сдѣлать только совершенно незнакомый съ краемъ; вѣдь въ виленской судебной палатѣ разбиралось болѣе 200 дѣлъ и осуждено болѣе 390 литовцевъ-крестьянъ, которые выбрасывали силой русскихъ учителей, писарей и фельдшеровъ, требовали замѣны ихъ литовцами. Это уже верхъ... вольности бюрократической риторики. Наконецъ остается еще компетенція земства. Гр. К. К. Паленъ предполагалъ, что чиновники въ земствѣ будутъ увеличивать свои личные доходы, свои оклады за счетъ общеполезныхъ учрежденій; вѣроятно по этой причинѣ проектомъ предполагается забронировать всѣ расходы на сельско-врачебныя учрежденія, заведенія общественнаго призрѣнія и церковно-приходскія школы, ибо, какъ говоритъ записка, „надо опасаться широкихъ односторонніхъ увлеченій новыхъ земствъ вопреки интересамъ населенія". Старыя земства упрекали наоборотъ въ излишнемъ увлеченіи дѣломъ народнаго здравія и призрѣнія; да, но тамъ были земцы, а тутъ будутъ чиновники. Другое дѣло церковно-приходскія школы, тутъ можетъ быть желаніе „сознательно дѣйствовать въ ущербъ правительственнымъ мѣропріятіямъ". Эта уже хула, возведенная неправильно на чиновничество, ибо я не осмѣливаюсь предполагать, что чиновники могутъ сознательно дѣйствовать противъ правительства, но отъ мѣстныхъ людей ожидать этого возможно, вѣдь даже куцыя земства зачеркивали кредиты на церковно-приходскія школы. Нельзя оставить на общемъ положеніи и народное образованіе, въ земскихъ губерніяхъ есть училищные совѣты, въ Западномъ краѣ надо оставить существующіе совѣты при дирекціи училищъ.

Въ училищные совѣты допускаются гласные по выбору земства. Въ Западномъ краѣ достаточно будетъ одного предсѣдателя губернской управы. Казалось бы уже все кончено. Но вѣдь возбуждается вопросъ, кто же будетъ опредѣлять кто русскій и кто полякъ. Поляки примутъ на себя личину русскихъ и будутъ стремиться въ русскія школы, чтобы ополячить ихъ, а русскіе отрекутся отъ своего русскаго достоинства, чтобы усилить польскую курію изъ разныхъ личныхъ видовъ. По примѣру всего предыдущаго можно ожидать только усиленія власти администраціи. На самомъ дѣлѣ, кто можетъ быть лучшимъ знатокомъ мѣстнаго населенія кромѣ начальника губерніи? Приведу одинъ случай, имѣвшій мѣсто при выборахъ въ 3-ю Гос. Думу. Помѣщикъ В. Брохоцкій оказался принадлежащимъ къ тремъ національностямъ. Тогда обязательно нужно было опредѣлить по національности, такъ какъ были національныя куріи. Онъ имѣетъ несчастье владѣть имѣніями въ трехъ уѣздахъ. Такъ какъ опредѣляли національность исправники, то въ одномъ уѣздѣ онъ оказался литовскаго происхожденія, въ другомъ польскаго, а въ третьемъ бѣлоруссъ,—католическаго вѣроисповѣданія. Самъ не зная, какъ съ тремя національностями поступить, онъ добился признанія губернатора, что у него одна національность, что онъ полякъ. Разсматриваемый нами проектъ предлагаетъ, чтобы національность опредѣляли губернаторы, но во избѣжаніе излишнихъ пререканій не надо передавать дѣла въ губернское присутствіе, а затѣмъ въ сенатъ, а прямо предоставить разрѣшеніе вопроса по жалобѣ на уѣздную управу исключительно губернатору безъ права апелляціи. Если бы г. Брохоцкій имѣлъ несчастье имѣть имѣнія въ трехъ губерніяхъ, то онъ бы принадлежалъ къ тремъ національностямъ, безъ права апелляціи. Вотъ, въ главныхъ чертахъ, стройная система бюрократическаго творчества, кажется достаточно отдалившая новое земство отъ настоящаго самоуправленія и достаточно обезпечившая господство „русскаго" элемента. Но оказывается, что авторъ проекта не думалъ о надлежащемъ обезпеченіи русскихъ интересовъ. Это вполнѣ выяснилось при обсужденіи проекта въ засѣданіяхъ совѣта по дѣламъ мѣстнаго хозяйства, начавшемся 6 октября 1909 года. Раздѣленіе избирательныхъ собраній на національныя куріи признано необходимымъ для обезпеченія земства отъ вреднаго вліянія сферъ, которыя недостаточно проникись русской государственностью и принято въ правительственной редакціи, хотя возраженія противъ національ-

ныхъ курій вышли въ совѣщаніи изъ такихъ устъ, которыхъ въ крамолѣ подозрѣвать нельзя. Сенаторъ Римскій-Корсаковъ, бывшій ярославскій губернаторъ, предлагалъ, чтобы ограничиться установленіемъ предѣльной нормы гласныхъ изъ поляковъ и русскихъ и чтобы поляки съ русскими сообща подавали голоса. Кстати, онъ зналъ западный край, былъ членомъ судебной палаты въ Вильнѣ и предводителемъ дворянства въ Витебскѣ. Затѣмъ земецъ бар. Меллеръ-Закомельскій предлагалъ ограничиться предоставленіемъ правъ группѣ меньшинства создавать отдѣльныя избирательныя единицы. Наконецъ, назначенный губернаторомъ представитель виленской губ. изъ консервативнаго лагеря польскихъ помѣщиковъ, П. М. Коньча предложилъ установленіе выборовъ на основаніи пропорціональнаго представительства, т. е. то, что раньше предлагали А. А. Станкевичъ и П. А. Столыпинъ. Это предложеніе было отклонено, такъ какъ представитель правительства заявилъ, что это предложеніе не представляетъ стройной избирательной системы и можетъ довести выборы до нежелательныхъ и случайныхъ результатовъ, лишено стройности: осуждалъ такимъ образомъ проектъ 1906 г. Одинъ помѣщикъ, служащій въ куцомъ земствѣ, Смѣжинскій, внесъ предложеніе не столько понятное, сколько оригинальное, а именно, чтобы когда опасность будетъ угрожать русскимъ, установить русскую курію, а когда опасность будетъ угрожать полякамъ, то польской куріи устанавливать не надо; предложеніе это совѣтомъ обсуждено не было. Равнымъ образомъ не обсуждался возбужденный П. А. Коньча вопросъ объ установленіи отдѣльной литовской куріи. Затѣмъ не возбуждалъ никакихъ споровъ вопросъ, особенно непонятный для юристовъ, о распредѣленіи гласныхъ между куріями по двумъ признакамъ: стоимости цензоваго имущества и количеству населенія. Но вслѣдствіе предложенія предсѣдателя минской земской управы Родзевича и ковенскаго „русскаго помѣщика“ Фарія-э-Кастро, поддержаннаго горячей рѣчью предсѣдателя псковской земской управы Зубчанинова постановлено, чтобы ни въ уѣздномъ, ни въ губернскомъ земствѣ количество русскихъ гласныхъ не было меньше половины. Согласно предложенію г. Зубчанинова постановлено уменьшить вообще количество гласныхъ, показанное въ расписаніи проекта, за отсутствіемъ на мѣстахъ достаточнаго количества „русскихъ помѣщиковъ“. Совершенно неожиданно для всѣхъ присутствующихъ въ совѣщаніи старикъ гофмейстеръ, гродненскій дворянинъ, кн. Святополкъ-Четвертинскій, сталъ говорить объ

избирательныхъ правахъ евреевъ и отъ имени польскихъ помѣщиковъ требовалъ устраненія примѣчанія къ ст. 16 зем. Пол. о недопущеніи евреевъ въ земствѣ. Это предложеніе конечно не было даже поставлено на голосованіе, оказалось, что никто не былъ за него, кромѣ поляковъ. Но зато совѣтъ, подъ вліяніемъ русскихъ помѣщиковъ, стоящихъ за интересы крупной собственности, поднялъ новый вопросъ, о раздѣленіи частновладѣльческой куріи на нѣсколько курій: на представителей крупной собственности и мелкой собственности. Это мотивировалось тѣмъ, что если допустить уполномоченныхъ отъ мелкихъ собственниковъ, то они могутъ затереть среднихъ собственниковъ. И въ совѣтѣ предлагаютъ, чтобы отдѣлить крупныхъ отъ мелкихъ, чтобы установлены были двѣ куріи: до $^1/_5$ части ценза и отъ $^1/_5$ до $^1/_{10}$. Это мнѣніе горячо поддерживаетъ ковенскій губернаторъ П. В. Веревкинъ, желая будто защитить мелкихъ собственниковъ литовцевъ отъ маіоризаціи польскихъ помѣщиковъ. Тогда русскіе чиновники изъ бѣлорусскихъ губерній указали, что это будетъ опасно для русскихъ чиновниковъ, потому что тогда незначительное количество крупныхъ собственниковъ русскихъ можетъ быть затерто представителями уполномоченныхъ мелкихъ собственниковъ, мѣстныхъ бѣлорусскихъ крестьянъ. Въ этомъ направленіи и пошелъ совѣтъ и постановилъ, чтобы во всякомъ случаѣ изъ крупныхъ собственниковъ было бы не менѣе половины гласныхъ частновладѣльческой куріи. Безапелляціонное право губернатора на опредѣленіе національностей было тоже принято, несмотря на очень основательныя возраженія представителя казанскаго земства. Въ виду незначительнаго количества русскихъ помѣщиковъ въ краѣ и общепризнаннаго съ ихъ стороны абсентеизма, совѣтъ постановилъ, чтобы кандидаты въ гласные, забаллотированные при первыхъ выборахъ, могли выставлять свои кандидатуры при выборахъ дополнительныхъ. Принимая принципъ избранія губернскихъ гласныхъ по національнымъ отдѣленіямъ, совѣтъ нашелъ однако возможнымъ не примѣнять этого принципа къ Юго-Западнымъ губерніямъ и г. Кіеву, въ виду ничтожнаго количества гласныхъ поляковъ, но отказался распространить это исключеніе на бѣлорусскія губерніи. Принято предложеніе врача Здановича о томъ, чтобы въ г. г. Вильнѣ и Минскѣ выбирающіе губернскихъ гласныхъ городскіе гласные тоже избирались по національнымъ куріямъ. При обсужденіи вопроса о допущеніи въ земскія собранія съ правомъ голоса чиновниковъ, ковенскій губернаторъ П. В. Веревкинъ сдѣлалъ очень цѣнное при-

знаніе: когда членъ Гос. Думы Булатъ доказывалъ, что крестьянскій банкъ занимается спеціально поселеніемъ русскихъ поселенцевъ между литовцами, то представитель крестьянскаго банка указалъ, что это неправда. Между тѣмъ П. А. Веревкинъ внесъ въ совѣтъ предложеніе, чтобы крестьянскій банкъ имѣлъ представителей въ земствѣ, такъ какъ главной задачей крестьянскаго банка въ нашемъ краѣ является поддерживаніе русской колонизаціи. Совѣтъ, конечно, согласился съ этимъ предложеніемъ. Минскій губернаторъ Я. Е. Эрденъ, въ виду особыхъ заслугъ для русскаго дѣла въ Западномъ краѣ православнаго духовенства предложилъ допустить духовенство къ участію въ съѣздахъ уполномоченныхъ отъ неполноцензовыхъ избирателей, но совѣтъ этой поправки въ проектъ не включилъ. Кромѣ установленныхъ проектомъ гарантій для русскихъ чиновниковъ совѣтъ добавилъ еще новыя гарантіи, именно постановлено, что не только предсѣдатели губернскихъ управъ, но и предсѣдатели уѣздныхъ управъ и ихъ замѣстители, что половина всѣхъ членовъ управъ, половина всѣхъ служащихъ и служителей, всѣ служащіе по народному просвѣщенію— должны быть русскіе и изъ той малой доли, которая остается еще для поляковъ, предоставить губернскому присутствію право изъять нѣкоторыя должности въ пользу русскихъ. Проектъ не допускалъ гласныхъ въ совѣты при дирекціяхъ училищъ. Совѣтъ ихъ допустилъ, но съ тѣмъ, чтобы избирались только русскіе. Въ послѣднемъ пленарномъ засѣданіи совѣта Фарія-э-Кастро внесъ предложеніе, чтобы, если установленныя въ проектѣ и постановленіяхъ совѣта ограниченія для поляковъ и привилегіи для русскихъ не будутъ приняты безъ изъятія законодательными установленіями, признать невозможнымъ введеніе въ Западномъ краѣ земскаго самоуправленія. На это предложеніе совѣтъ выразилъ въ принципѣ свое согласіе.

Въ такомъ видѣ забронированы въ проектѣ интересы чиновничества и „русскихъ помѣщиковъ“. Надо однако надѣяться, что при окончательной обработкѣ проекта въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ и при разсмотрѣніи его въ Совѣтѣ Министровъ, Государственной Думѣ и Государственномъ Совѣтѣ, каждое изъ этихъ учрежденій постарается доказать свой патріотизмъ, прибавляя новыя привилегіи и новыя ограниченія.

Въ заключеніе считаю необходимымъ иллюстрировать нѣсколькими примѣрами отношеніе къ земской реформѣ представителей мѣстныхъ русскихъ людей нашего края. Конечно, не отношеніе

незначительнаго количества русскихъ, которые у насъ увлекаются „либеральными иллюзіями"; буду искать представителей русскаго общества въ группахъ правѣе октябристовъ. Итакъ, во-первыхъ, избирательный комитетъ, избравшій у насъ Г.Г. Замысловскаго выставилъ въ своей избирательной платформѣ слѣдующія требованія по отношенію къ земству: „всесословность по схемѣ 1864 г., расширеніе крестьянскаго представительства, введеніе національныхъ курій для каждой національности, а не только русской и польской, пониженіе ценза до $^1/_{20}$ части нормъ, принятыхъ для Гос. Думы, пропорціональное представительство съ опредѣленіемъ минимума выбора одного гласнаго для каждой куріи, допущеніе евреевъ къ участію въ выборахъ, обладающихъ цензомъ духовныхъ лицъ, участіе въ земской службѣ разныхъ національностей пропорціонально составу населенія, охрана школы отъ попытокъ національной автономіи и, даже, расширеніе исполнительной власти земства". Я думаю, что съ грѣхомъ пополамъ на большинство этихъ требованій могли бы согласиться и оппозиціонныя партіи въ Думѣ, а ихъ выставляли избиратели Г.Г. Замысловскаго.

Затѣмъ есть у насъ бѣлорусское общество, нѣкогда оффиціально примкнувшее къ союзу 17 октября, но впослѣдствіи ушедшее значительно правѣе. Предсѣдателемъ этого общества состоитъ Л. М. Солоневичъ. Онъ написалъ въ „Голосѣ Москвы" въ августѣ и сентябрѣ 1909 г. рядъ статей о будущемъ земствѣ Западнаго края; въ статьяхъ этихъ онъ требуетъ строгаго проведенія принципа равенства передъ закономъ и государствомъ всего населенія, безъ различія вѣры и національности, значительнаго пониженія избирательнаго ценза съ предоставленіемъ пассивнаго избирательнаго права бѣлорусской крестьянской интеллигенціи,—уничтоженіе сословныхъ привилегій при выборахъ, съ соединеніемъ всѣхъ избирателей въ одно избирательное собраніе, національныя куріи считаетъ менѣе всего пригодными для бѣлорусскаго края, наконецъ находитъ, что „если польская опасность дѣйствительно существуетъ, то опасность эта исключительно національно-культурная, а не политическая, и бороться съ нею надо только мѣрами культурными, а не бюрократическими... интенсивнымъ развитіемъ въ краѣ русской культуры, а не выдѣленіемъ поляковъ въ особый разрядъ гражданъ второго сорта". Но бѣлоруссамъ приходится и нынѣ послѣ 100 лѣтъ русскаго господства въ краѣ стоять все передъ тѣмъ же разбитымъ корытомъ русской культуры: „съ поляками чиновники справлялись сравнительно успѣшно, имъ прихо-

дилось только мѣшать жить, а по отношенію къ бѣлоруссамъ приходилось дѣлать работу положительную, къ выполненію которой чиновники оказались неспособными".

Какъ же быть? вѣдь проектъ отдаетъ культурно-экономическую жизнь бѣлоруссовъ всецѣло въ руки чиновниковъ. Наконецъ, 4—6 октября 1909 г. происходилъ въ Кіевѣ съѣздъ окраинныхъ дѣятелей и на этомъ съѣздѣ выступилъ съ программной рѣчью представитель виленскихъ окраинцевъ, конечно лютеранскаго вѣроисповѣданія и нѣмецкаго происхожденія. Въ рѣчи этой, получившей одобреніе съѣзда, онъ доказывалъ, что младшія народности не имѣютъ права быть хозяевами въ краѣ, поэтому нужно принять за правило при распредѣленіи земскихъ гласныхъ, гдѣ русскихъ больше, выбирать пропорціонально числу населёнія, гдѣ русскихъ меньше, тамъ выбирать русскихъ половину и установить, чтобы въ каждомъ земскомъ собраніи могло быть католиковъ вообще не больше 40%,—крестьянъ же не больше 50%, и съ тѣмъ, чтобы они могли избирать только крестьянъ. Къ русскимъ нужно причислить только лицъ, исповѣдующихъ православную, магометанскую (!) и лютеранскую вѣру; при дѣленіи на куріи не нужно устанавливать одной католической куріи, а католиковъ нужно раздѣлить на три куріи—бѣлоруссовъ, поляковъ и литовцевъ; необходимо допустить къ участію въ земствѣ православныхъ священниковъ, но отнюдь не распространять этого на ксендзовъ, и чтобы они не претендовали, что священники пользуются избирательными правами, а ксендзы—нѣтъ, допускать священниковъ только по назначенію; предсѣдателя управы и $^3/_5$ членовъ управы назначать исключительно изъ русскихъ: православнаго, магометанскаго и лютеранскаго исповѣданія; въ училищахъ назначать учителей исключительно изъ лицъ русскаго происхожденія; что касается возможности назначенія поляковъ, то опредѣлить, что ихъ не можетъ быть болѣе 6%. Такъ оберегалъ нашъ окраинецъ отъ вліянія польскихъ акушерокъ и фельдшерицъ бѣдное русское крестьянство.

Эти пожеланія не нуждаются, казалось бы, ни въ какихъ комментаріяхъ, какъ въ нихъ не нуждается и правительственный проектъ; слишкомъ ясна его юридическая несостоятельность и слишкомъ ярки его характерныя черты: доведеніе до минимума самостоятельности земства, подавленіе всего мѣстнаго населенія привилегіями пришлаго чиновничества, передача завѣдыванія культурно-хозяйственной жизнью края въ руки кучки людей, совершенно

опредѣленнаго соціально-политическаго облика и увеличеніе произвола администраціи. Все это убѣждаетъ насъ, что вводимыя земскія учрежденія будутъ представлять изъ себя лишь новыя „присутствія", стараго приказнаго типа, наряженныя въ земскій мундиръ. Для насъ, коренныхъ жителей края, не новость; вѣдь въ продолженіе слишкомъ ста лѣтъ продѣлываютъ надъ нами свои эксперименты разные господа изъ бюрократическихъ лабораторій и мы свыклись съ мыслью, что являемся лишь „anima vilis", но русскимъ людямъ изъ земскихъ губерній стоитъ призадуматься, а что, если опытъ извращенія земскаго самоуправленія удастся и правительство, припомнивъ завѣтъ Сипягина, пожелаетъ проектируемыя для насъ мѣропріятія распространить на внутреннія губерніи.

Въ одномъ проектъ цѣлесообразенъ, это въ отношеніи обезпеченія чиновничьихъ интересовъ; оно и понятно; вѣдь еще Бисмаркъ сказалъ, что „у бюрократіи голова и члены изъѣдены болѣзнью рака, но желудокъ у нея здоровъ"... и властно требуетъ корма.

По окончаніи доклада *предсѣдатель В. Д. Кузьминъ-Караваевъ*, въ дополненіе къ сказанному докладчикомъ, добавилъ о необходимости отмѣтить тѣсную зависимость между положеніемъ вопроса о мѣстномъ самоуправленіи въ Западномъ краѣ и въ коренной Россіи, и напомнилъ, что предшествовавшій закону 2 апрѣля 1903 г. законопроектъ министра внутреннихъ дѣлъ Сипягина, по мысли автора, долженъ былъ быть впослѣдствіи распространенъ и на 34 земскія губерніи. Его исходныя положенія не были примѣненіемъ исходныхъ положеній закона 1890 г. къ мѣстнымъ условіямъ Западнаго края, а самостоятельными началами, проводимыми въ Западномъ краѣ лишь въ видѣ опыта. Тогда серьезно говорили о превосходствѣ гласныхъ по назначенію надъ гласными по избранію, о возможности предоставить первымъ право обложенія, права юридическаго лица и другія права самоуправленія. Законопроектъ Д. С. Сипягина въ его чистомъ, принципіально выдержанномъ видѣ, не получилъ, какъ извѣстно, осуществленія. Вмѣстѣ съ тѣмъ была устранена и опасность для мѣстнаго самоуправленія въ 34 губерніяхъ. Аналогичное наблюдается сейчасъ. Изложенныя намъ докладчикомъ начала новаго законопроекта не чужды подготовляемому сейчасъ министерствомъ внутрен-

нихъ дѣлъ законопроекту о земскомъ самоуправленіи въ коренной Россіи. Разница только въ цѣли: въ одномъ случаѣ усилія авторовъ направлены къ обезпеченію преобладанія, вопреки дѣйствительному положенію вещей, за одной изъ народностей, въ другомъ, за однимъ изъ сословій; способы же и пріемы, какъ-то: право дѣленія съѣздовъ, сложные, ариѳметическіе расчеты—тѣ же. Такимъ образомъ судьба земской реформы въ Западномъ краѣ не можетъ быть для насъ безразличной.

В. Ф. Матвѣевъ. Я незнакомъ близко съ условіями Западнаго края, но мнѣ представляется, что докладчикъ не раскрылъ до конца всего вопроса. Мнѣ пришлось быть на совѣщаніи, обсуждавшемъ вопросъ о выдѣленіи Холмщины. Присутствовавшіе тамъ мѣстные русскіе дѣятели, люди интеллигентные, въ общемъ прогрессивно мыслящіе, указывали не только на наличность національной розни, но и на національное давленіе со стороны польскаго, культурно-сильнѣйшаго меньшинства на русское большинство. Нельзя забывать также, что русская правительственная политика въ Западномъ краѣ всегда была, при всѣхъ своихъ отрицательныхъ чертахъ, демократической.

В. С. Голубевъ. Изъ доклада неясно, каковы положительныя воззрѣнія докладчика по данному вопросу. Критикуя правительственный законопроектъ, что̀ именно противополагаетъ имъ докладчикъ? Систему всеобщаго избирательнаго права или систему курій? Если систему курій, то по какому признаку онъ полагаетъ необходимымъ ихъ образовывать: по признаку національному, имущественному или сословному? Буду очень признателенъ за разрѣшеніе этого, навѣрное не у меня одного возникшаго недоумѣнія.

Докладчикъ Ѳ. Е. Врублевскій. Мои отвѣты на возраженія, сообразно съ характеромъ преній, будутъ отрывочны. В. Ф. Матвѣевъ высказалъ мнѣніе, что русская правительственная политика въ Западномъ краѣ была демократична. Слово демократія можетъ быть переводимо съ греческаго двояко: власть народа и власть надъ народомъ, не считающаяся съ нимъ. Въ послѣднемъ случаѣ русская политика была дѣйствительно демократичной. Въ вопросѣ о выборахъ мои личныя воззрѣнія, какъ принципіальнаго сторонника всеобщаго избирательнаго права лежатъ внѣ той плоскости, въ которой заключены положенія правительственнаго законопроекта. Если же

В. С. Голубева интересуетъ мнѣніе польской части мѣстнаго общества, я могу сослаться на записку, внесенную его представителями въ совѣщаніе виленскаго генералъ-губернатора Фрезе. Авторы записки проектировали систему курій примѣнительно къ положенію 1864 года, обезпечивая права меньшинства внутри каждой куріи. Въ заключеніе, одно соображеніе въ развитіе мнѣнія В. Д. Кузьмина-Караваева. Русское правительство все-таки дѣлаетъ различіе между Западнымъ краемъ и коренной Россіей. Если ему нужны опыты, оно производитъ ихъ не на родномъ сынѣ, а на пріемномъ. Служить объектомъ для правительственныхъ экспериментовъ—такова судьба нашего края.

Предсѣдатель В. Д. Кузьминъ-Караваевъ передъ закрытіемъ засѣданія выражаетъ отъ имени собранія благодарность докладчику за весьма цѣнное сообщеніе.

Засѣданіе закрыто около 12 час. ночи.

Протоколъ соединеннаго засѣданія общаго собранія юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ.

20 ноября 1909 года.

Засѣданіе открылось въ 9 час. вечера, подъ предсѣдательствомъ *В. Д. Кузьмина-Караваева.*

Предметомъ занятій служили доклады *І. В. Гессена, М. П. Чубинскаго, Г. Б. Сліозберга и А. А. Леонтьева* по вопросу *„объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ“.*

Въ началѣ засѣданія предсѣдатель *В. Д. Кузьминъ-Караваевъ* огласилъ слѣдующую, полученную отъ С. А. Муромцева телеграмму: „Привѣтствую с.-петербургское юридическое общество съ исполнившимся сорокапятилѣтіемъ судебныхъ уставовъ, привѣтствую общество въ его постоянныхъ усиліяхъ оживить въ дѣятеляхъ русскаго правосудія сознаніе своего достоинства, какъ борцовъ за истинную законность и дѣйствительную справедливость,—возвратить лучшія времена русскаго суда, когда онъ являлся оградою свободы,—поддержать вѣру въ народный элементъ, какъ непремѣннаго участника правосудія! Да послужитъ высокій авторитетъ общества источникомъ могущественаго теченія на пользу его цѣлей“.

Затѣмъ предсѣдатель группы международнаго союза криминалистовъ *В. Д. Набоковъ* изложилъ вкратцѣ исторію вопроса объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ, начиная съ возникновенія его на январскомъ съѣздѣ русской группы до постановки его на обсужденіе соединеннаго собранія юридическаго общества и русской группы, причемъ указалъ на особую практическую важность разработки этого вопроса въ виду происходящаго въ настоящее время въ гос. думѣ обсужденія проекта министра юстиціи о преобразованіи мѣстнаго суда.

Послѣ этого слово было предоставлено *докладчику І. В. Гессену.*

Сегодня, въ памятный день годовщины судебныхъ уставовъ, особенно здѣсь, въ этомъ зданіи, которое служитъ имъ величавымъ памятникомъ, чувство глубокаго волненія невольно охватываетъ душу. Здѣсь, въ этихъ стѣнахъ, съ этой самой каѳедры, много разъ мощно звучалъ голосъ нашихъ лучшихъ мастеровъ слова, которые сами явились продуктомъ великой реформы и съ гордостью могли бы сказать: „Твоя отъ твоихъ Тебѣ приносяще“. Сколько разъ съ затаеннымъ вниманіемъ мы слѣдили за ихъ блестящимъ анализомъ судебной реформы, которая до сихъ поръ является непревзойденнымъ еще образцомъ стройнаго и послѣдовательнаго, принципіальнаго, законодательнаго творчества. Сколько разъ восторгомъ переполнялось наше сердце, когда, въ яркихъ характеристикахъ Арсеньева, Кони, Спасовича, передъ нами оживали благородные дѣятели 60-хъ годовъ, умѣвшіе дерзать и знавшіе, къ чему они стремятся.

И сегодня, когда мы вновь собрались говорить о проектѣ судебной реформы, съ особенной силой обостряется благодарная, благоговѣйная память. Но на встрѣчу ей, изъ глубины души, поднимается тяжелое чувство несмываемой жгучей обиды. Мы вспоминаемъ, что еще 45 лѣтъ тому назадъ, когда Россія только что освободилась отъ мертвящихъ узъ позорнаго рабства, она сразу шагнула отъ „мерзости запустѣнія на мѣстѣ святѣмъ“ къ самому совершенному судоустройству, которое для того времени было послѣднимъ словомъ науки и длительнаго опыта цивилизованныхъ странъ. И страшно вспомнить, что черезъ 45 лѣтъ, вмѣсто того, чтобы холить и укрѣплять эти начала, мы снова стоимъ передъ разбитымъ корытомъ, и самъ министръ юстиціи въ своей объяснительной запискѣ къ проекту вынужденъ былъ признать, что у насъ правосудія не существуетъ. Какъ ни больно сознаться въ этомъ, но тѣмъ не менѣе ничего неожиданнаго не произошло. Еще при самомъ введеніи судебныхъ уставовъ Михаилъ Катковъ писалъ: „Пока Россія будетъ процвѣтать, пока дѣла ея будутъ идти къ лучшему, а не худшему, начала, введенныя къ намъ судебными уставами, будутъ въ силѣ и съ основными на нихъ учрежденіями на вѣки вѣковъ будетъ связано имя преобразователя Россіи“.—Увы, мы знаемъ, что дѣла Россіи шли не къ лучшему, а къ худшему и поэтому начала судебныхъ уставовъ не укрѣплялись, а все болѣе и болѣе расшатывались.

Это расшатываніе началось тотчасъ же, на другой день послѣ ихъ введенія, и потому-то наши юбилеи судебныхъ уста-

вовъ въ сущности были ихъ панихидами, и глубокой печалью звучали всегда рѣчи ораторовъ. Но было въ этой печали и своеобразное утѣшеніе: мы понимали, мы вѣрили, что вѣдь не всегда дѣла Россіи будутъ идти къ худшему. Ударитъ часъ, проснется родина къ новой жизни, и мы вновь на первую очередь поставимъ вопросъ о судебной реформѣ. Но тогда она уже не будетъ клиномъ, который врѣзался въ толщу стараго режима, а станетъ широкимъ фундаментомъ, на которомъ будетъ построено новое зданіе государственности, вѣнчаемое величественнымъ куполомъ конституціи. И вотъ, этотъ часъ насталъ—у насъ есть обновленный строй, и государственная дума приступила къ обсужденію проекта судебной реформы. Печали уже болѣе нѣтъ мѣста. Но она смѣнилась не радостью и не надеждой, напротивъ,—она смѣнилась глубокой тревогой, что то переходное состояніе, которое насъ давило въ теченіе многихъ лѣтъ, укоренится и станетъ постояннымъ.

Я сегодня, впрочемъ, не вправѣ касаться вопроса о проектѣ судебной реформы вообще. Этотъ вопросъ былъ уже разсмотрѣнъ на съѣздѣ криминалистовъ, и съѣздъ принялъ по моему докладу опредѣленныя резолюціи. Сегодня на меня возложена почетная обязанность представить вашему вниманію спеціальный докладъ о народномъ элементѣ въ мѣстномъ судѣ. Но было бы ошибкой думать, что, оставаясь въ этихъ предѣлахъ, мы имѣемъ дѣло съ какой-нибудь частностью или деталью проекта. Это, вообще, вопросъ основной и общій, а благодаря неудачной постановкѣ проекта въ немъ оказался завязаннымъ узелъ всей реформы. Этотъ вопросъ о народномъ элементѣ въ мѣстномъ судѣ не нашъ, не самобытный, онъ существовалъ вездѣ и всегда, онъ принадлежитъ, если можно такъ выразится, къ числу вѣчныхъ вопросовъ. И онъ раздѣляетъ судьбу этихъ вѣчныхъ вопросовъ прежде всего въ томъ отношеніи, что, оставаясь постоянно неразрѣшеннымъ окончательно, онъ тѣмъ не менѣе иногда становится неотступнымъ, тревожитъ общественное вниманіе и неотложно требуетъ своего разрѣшенія. А спустя нѣкоторое время онъ, напротивъ, сходитъ со сцены и перестаетъ занимать общественное вниманіе. Уже изъ этого одного слѣдуетъ, что интересующій насъ вопросъ разрѣшается не логическими доводами, или, по крайней мѣрѣ, не одними только логическими доводами, а еще и какими-то другими соображеніями, лежащими внѣ плоскости самого вопроса. Логическихъ доводовъ pro и contra за время существованія вопроса приведено было безконечно много, но опять-таки, какъ по отношенію ко всѣмъ вѣч-

нымъ вопросамъ, и въ данномъ случаѣ эти доводы, вмѣсто того, чтобы способствовать постепенному разъясненію вопроса, напротивъ, все болѣе затуманивали, затемняли его сущность; они обростали вокругъ этой сущности, какъ обростаетъ какой-нибудь предметъ, брошенный на дно моря.

Я думаю поэтому, что было бы совершенно безполезно пытаться приводить новые доводы. Если бы даже это и было возможно, то въ лучшемъ случаѣ противъ однихъ доводовъ были бы сейчасъ же приведены другіе и они бы нейтрализовали другъ друга, а въ результатѣ продолжался бы процессъ обростанія. Я думаю поэтому, что, можетъ быть, было бы правильнѣе попытаться, напротивъ, сорвать кору этихъ доводовъ, обнажить сущность, укрывшуюся отъ насъ на протяженіи долгихъ вѣковъ и попытаться вспомнить, въ чемъ она состоитъ. Насколько я понимаю, тяготѣніе къ народному элементу объясняется протестомъ противъ, такъ называемаго, профессіонализма судей юристовъ. Судья юристъ, постоянно занимаясь однимъ и тѣмъ же дѣломъ, поневолѣ ослабляетъ свое вниманіе и по мѣрѣ времени онъ не въ силахъ удѣлять новымъ конкретнымъ правоотношеніямъ, поступающимъ на его разрѣшеніе, того вниманія, обнаруживать къ нимъ того интереса, на который претендуютъ стороны. Вслѣдствіе этого несоотвѣтствія между тѣмъ что̀ судья въ состояніи дать, и тѣмъ, на что̀ стороны претендуютъ, и вправѣ, конечно претендовать, — къ рѣшеніямъ суда утрачивается довѣріе, довѣріе къ суду колеблется, а безъ этого довѣрія рѣшенія суда не могутъ пользоваться тѣмъ авторитетомъ, которому въ прежнія времена старались, и справедливо, придать божескую санкцію и безъ котораго рѣшенія суда, вмѣсто того, чтобы творить право и поселять миръ, развиваютъ въ населеніи сутяжничество.

Всѣ эти указанія безусловно справедливы. Противъ нихъ не только не приходится спорить, напротивъ, ихъ можно скорѣе расширить, можно сказать, что вѣдь этотъ профессіонализмъ не составляетъ какой-нибудь особенности, спеціальнаго свойства юристовъ, напротивъ, онъ составляетъ свойство всякой профессіи. Въ послѣднее время, напримѣръ, много говорятъ о профессіонализмѣ врачей, еще больше намъ приходится слышать справедливыхъ нареканій на профессіонализмъ педагоговъ. Профессіонализмъ разъѣдаетъ своимъ тлетворнымъ ядомъ всѣ профессіи, нивеллируетъ всѣ индивидуальныя оригинальныя свойства, замѣняя ихъ привычкой, которая „свыше намъ дана“. Нѣтъ той профессіи, куда про-

фессіонализмъ не вошелъ бы съ этимъ разлагающимъ началомъ и мы знаемъ, сколько несчастныхъ случаевъ, сколько трагическихъ происшествій бываетъ вслѣдствіе внѣдренія этого профессіонализма.

Но я пойду дальше,—я скажу, что вся наша жизнь въ сущности насквозь проникнута профессіонализмомъ. Если можно такъ выразиться, самое знаніе человѣка стало профессіей и когда Толстой въ своемъ знаменитомъ „Воскресеніи“ съ такой горячностью обрушился на профессіонализмъ юристовъ, то не забудьте, что онъ также горячо протестовалъ противъ профессіонализма всей нашей жизни вообще.

Если же это такъ, то, казалось бы, что борьба съ профессіонализмомъ въ отдѣльной какой-нибудь области заранѣе должна быть обречена на безплодіе. Если профессіонализмъ равномѣрно давитъ на всю нашу общественную жизнь, то очевидно, что если мы попытаемся освободить какую-нибудь одну точку изъ-подъ этого давленія, то тотчасъ же давленіе сосѣдней точки на нее передастся, и вся наша работа будетъ безплодна.

Но допустимъ, что это не такъ, допустимъ, что юристъ вправѣ сказать, что ему нѣтъ дѣла до того, что совершается въ сосѣдней съ нимъ области, и онъ долженъ бороться съ тѣмъ явленіемъ, которое признается отрицательнымъ. Спрашивается, однако, какими же средствами въ данномъ случаѣ намъ предлагаютъ бороться. Вѣдь между нами въ юридическомъ обществѣ и на съѣздѣ криминалистовъ не можетъ быть никакого спора о томъ, что судья долженъ быть образованнымъ юристомъ. Дѣло даже не въ томъ, чтобы онъ зналъ законы, ибо, какъ говорили: „Leges scire non est verba earum renere“, т. е. знать законы не значитъ усвоить ихъ буквальный смыслъ. Судья долженъ понимать, что̀ такое право, онъ долженъ отдавать себѣ отчетъ, въ чемъ его назначеніе, онъ долженъ умѣть „разъять перстами“ конкретное правоотношеніе, извлечь его типическія черты и подвести частное подъ общее. И всякій юристъ знаетъ, какія приходится испытывать здѣсь муки творчества, и какъ бываетъ тяжела и подчасъ неразрѣшима эта задача.

Но, говорятъ намъ, все это вѣрно, и нужно лишь бороться съ отрицательными сторонами этой профессіи. Я понималъ бы, если бы съ этой цѣлью, напримѣръ, было предложено переводить судей изъ одного участка въ другой для поднятія интереса или мѣнять родъ дѣлъ, поручаемыхъ ихъ разсмотрѣнію, или придумать другія мѣры, направленныя противъ профессіонализма. Но

вѣдь намъ предлагаютъ не это, намъ предлагаютъ ввести народный элементъ въ самый судъ, намъ предлагаютъ ввести контроль не надъ профессіонализмомъ, а надъ самой профессіей. Ибо эти приставленные къ судьѣ засѣдатели, или шеффены, или какъ бы ихъ ни назвать, должны вмѣстѣ съ нимъ продѣлать весь тотъ процессъ, который, по нашему мнѣнію, требуетъ непремѣнно широкой юридической подготовки. Намъ предлагаютъ растворить образованіе судьи въ юридическомъ невѣжествѣ его спутниковъ. Мыслимое ли дѣло, чтобы что-нибудь подобное было предложено по отношенію къ какой угодно другой профессіи. Можно ли, напримѣръ, допустить, чтобы изъ опасенія, что хирургъ сдѣлаетъ невнимательно операцію, предложили придать къ нему лицо, которое будетъ водить его рукой. Но таково свойство человѣка, что по отношенію къ тѣмъ профессіямъ, въ которыхъ мозговая работа не перевоплощается въ механическое движеніе, а ограничивается психическимъ воздѣйствіемъ, по отношенію къ нимъ каждый считаетъ себя господиномъ. Мы съ глубокой благодарностью и уваженіемъ смотримъ за тѣмъ, какъ хирургъ передъ операціей надѣваетъ бѣлый фартукъ, дезинфицируетъ помѣщеніе, промываетъ инструменты, чтобы обезпечить благополучный исходъ операціи, и въ то же время мы съ величественнымъ снисхожденіемъ относимся къ тѣмъ формамъ процесса, которыя должны обезпечить намъ полученіе истины. Но мы-то сами не смотримъ на себя, какъ на авгуровъ, которые не могли взглянуть другъ на друга при жертвоприношеніяхъ безъ усмѣшки, мы отлично понимаемъ, что безъ этихъ жертвоприношеній невозможно добыть истину, невозможно гарантировать правопорядокъ и прочность гражданскаго оборота.

Я хотѣлъ бы предупредить одно невозможное возраженіе, которое можетъ быть сдѣлано только по недоразумѣнію. Я имѣю въ виду ссылку на судъ присяжныхъ и заранѣе оговариваюсь, что эта ссылка была бы неправильна, ибо судъ присяжныхъ съ тѣмъ народнымъ судомъ, о которомъ мы говоримъ, не имѣетъ ничего общаго. Судъ присяжныхъ также вызываетъ горячіе споры, онъ имѣетъ страстныхъ противниковъ и горячихъ поклонниковъ, но споры эти происходятъ совершенно въ другой плоскости. Можно утверждать, что судъ присяжныхъ есть политическій институтъ, что судъ присяжныхъ, которому предоставлено выяснять фактическія обстоятельства дѣла и опредѣлять вмѣняемость ихъ подсудимому, врывается въ юридическую область и можетъ анну-

лировать значеніе закона. Такіе споры понятны. Здѣсь, во всякомъ случаѣ, будетъ прямой протестъ противъ закона института, который, какъ мы знаемъ, благотворно дѣйствуетъ на ходъ законодательства, это не будетъ разъѣданіемъ правосудія. Потому институтъ присяжныхъ не заключаетъ въ себѣ никакого внутренняго противорѣчія, ибо, поскольку мы его признаемъ, онъ конструированъ вполнѣ послѣдовательно. Одна коллегія устанавливаетъ вопросъ факта, другая коллегія на основаніи постановленнаго первой коллегіей вердикта, устанавливаетъ вопросы права. Никакого смѣшенія между ними не происходитъ. Здѣсь же, напротивъ, мы видимъ совершенно обратное. Въ нашихъ особыхъ присутствіяхъ судебныхъ палатъ или въ предлагаемомъ устройствѣ мѣстнаго суда происходитъ полное сліяніе обѣихъ коллегій, поэтому, поскольку рѣчь идетъ объ установленіи фактической стороны дѣла считается необходимымъ передать людямъ жизни, представителямъ мѣстнаго населенія, поскольку участіе судьи-юриста въ этомъ моментѣ правосудія очевидно является помѣхой этому дѣлу. И, напротивъ, поскольку установленіе юридической стороны дѣла, квалификація дѣянія, должна подлежать компетенціи исключительно судьи-юриста, постольку участіе въ этомъ моментѣ засѣдателей опять является помѣхой дѣлу правосудія. Такимъ образомъ я прихожу къ заключенію, что это предложеніе содержитъ въ себѣ то, что называется въ логикѣ contradictio in adjecto, а на общежитейскомъ языкѣ нѣмцы говорятъ объ этомъ das Kind mit dem Bade ausschiessen"; т. е. выплеснуть изъ ванны вмѣстѣ съ водой ребенка.

Приходя къ такому заключенію, я отлично понимаю, въ какое опасное положеніе я себя поставилъ. Невольно напрашивается замѣчаніе: qui prouve trop ne prouve rien.

Если это противорѣчіе такъ очевидно, наглядно и такъ просто, то спрашивается, какъ же оно могло все-таки существовать на протяженіи столь долгихъ вѣковъ, какъ до сихъ поръ все-таки существуетъ тяготѣніе къ участію народнаго элемента. Я лично счелъ бы такое возраженіе неотразимымъ, если бы я не пришелъ къ убѣжденію, что это тяготѣніе къ участію народнаго элемента объясняется и совершается именно во имя того противорѣчія, на которое я только что указывалъ. Я сказалъ, что, имѣя въ виду бороться съ профессіонализмомъ, мы въ сущности боремся не съ профессіонализмомъ, а съ самой профессіей. И я думаю, что это не ошибка, не недоразумѣніе и не случайность—

напротивъ, это совершается вполнѣ сознательно, вѣрнѣе сказать,—стихійно. Въ своей книгѣ „Теорія права“ профессоръ Л. І. Петражицкій подсмѣивается надъ геніальнымъ Кантомъ, который вышучивалъ юристовъ за то, что они не сумѣли еще составить точнаго опредѣленія права. Но, указываетъ справедливо профессоръ Петражицкій, и послѣ того, какъ Кантъ приложилъ свои геніальныя усилія къ вопросу, онъ нисколько не подвинулся впередъ и остался въ томъ же положеніи. Дѣйствительно, мы знаемъ, что и до сихъ поръ точнаго, такъ сказать, общепризнаннаго опредѣленія права у насъ не существуетъ. Но какое бы мы опредѣленіе ни приняли, скажемъ ли мы, что право это есть защищенный юридическій интересъ, какъ говорилъ Іерингъ, или скажемъ мы, что это есть надстройка надъ производственными отношеніями, какъ говорятъ марксисты, или примемъ опредѣленіе профессора Петражицкаго, что право есть факторъ соціально-психической жизни,—все равно, во всѣхъ случаяхъ не можетъ подлежать никакому сомнѣнію, что право находится въ самомъ тѣсномъ взаимодѣйствіи съ другими соціальными факторами и отражающими ихъ доктринами. А такъ какъ эти соціальные факторы находятся не въ статическомъ, а въ динамическомъ состояніи, такъ какъ они постоянно измѣняются, то очевидно, что и наши представленія о правѣ соотвѣтственно съ тѣмъ постоянно измѣняются.

Къ сожалѣнію, эта смѣна понятій происходитъ не безболѣзненно, не путемъ лизиса, а совершается путемъ очень бурныхъ кризисовъ, и между двумя понятіями права, смѣняющими непосредственно одно другое, дистанція бываетъ гораздо болѣе огромнаго размѣра, нежели между нынѣшнимъ представленіемъ и тѣмъ, которое господствовало много вѣковъ тому назадъ. Вотъ почему, какъ справедливо указываетъ тотъ же профессоръ Петражицкій въ своей книгѣ, „періодически въ исторіи человѣческой жизни появляются такія теоріи, которыя сводятъ все право, какъ и нравственность, къ хитрой выдумкѣ людей для того, чтобы лучше господствовать надъ ними и осуществлять свои интересы. Такія съ виду весьма критическія, по существу же наивныя ученія появляются и процвѣтаютъ въ тѣ эпохи, когда на почвѣ культурнаго воспитанія и прогресса народной психики и фиксированія и отстаиванія позитивныхъ элементовъ и факторовъ культуры... получается несоотвѣтствіе этихъ позитивныхъ элементовъ уровню народной психики“. И вотъ я думаю, что въ эти моменты несо-

отвѣтствія между положительнымъ правомъ и начинающимъ уже измѣняться народнымъ правосознаніемъ возникаетъ чувство опасенія передъ прямо линейнымъ и неуклоннымъ примѣненіемъ права; въ это время возникаетъ и каждый разъ съ новой силой вспыхиваетъ тяготѣніе ко включенію народнаго элемента въ судъ, дабы онъ смягчилъ это неуклонное примѣненіе и приспособилъ право къ нарождающимся новымъ потребностямъ жизни.

Само собою разумѣется, что я не могу останавливаться на подробномъ развитіи этой мысли, она должна составить предметъ даже не особаго доклада, а серьезнаго научнаго изслѣдованія. Я позволю себѣ поэтому привести только одинъ, по моему мнѣнію, чрезвычайно рельефный примѣръ. Когда въ 70-хъ годахъ Германія приступила къ реформѣ своего уголовнаго процесса, то комиссія рейхстага, избранная для составленія этого проекта, въ своей объяснительной запискѣ, какъ она говоритъ, съ удовольствіемъ могла констатировать, что противъ суда шеффеновъ не раздается больше ни одного возраженія. Несомнѣнно, что въ этомъ фактѣ, въ такомъ направленіи юридической мысли тогда большую роль сыграло пробужденіе германскаго національнаго самосознанія и въ отстаиваніи суда шеффеновъ, который считался національнымъ институтомъ, сказалась антипатія къ суду присяжныхъ, разсматривавшемуся какъ иностранный цвѣтокъ. Но я думаю, что гораздо болѣе серьезную роль сыграли здѣсь другія, болѣе важныя причины. Припомнимъ, какое это было время. Это было время, когда подходило къ концу господство экономической теоріи Адама Смита, распространенной Бентамомъ на всю область нашихъ общественныхъ отношеній. Какъ справедливо говоритъ профессоръ П. И. Новгородцевъ, по Бентаму „общество прекрасно поддерживается отдѣльными лицами, а эти послѣднія находятъ въ немъ наилучшую среду для своего развитія, если только не встрѣчаютъ препятствія со стороны власти. Смитъ превозноситъ мудрое и могущественное дѣйствіе частнаго интереса, незамѣтно образующаго богатства народовъ. Бентамъ, считавшій себя призваннымъ законодателемъ, постоянно наблюдаетъ любопытное для законодателя соотношеніе лицъ въ обществѣ и государствѣ, игру ихъ силъ и страстей, приводящую въ результатѣ къ стройному синтезу“. Эта теорія индивидуализма не могла, конечно, не отразиться и на правѣ. Она отразилась въ немъ рѣзкимъ преобладаніемъ частнаго интереса надъ публичнымъ и неуклоннымъ проведеніемъ состязательнаго начала и пассивности судей въ процессѣ.

Это направленіе нашло для себя вдохновеннаго истолкователя въ лицѣ Іеринга. Я напомню, что въ 1875 г. вышла его знаменитая брошюра „Der Kampf um Recht“, которая представляетъ квинтъ-эссенцію всего его ученія,—брошюра, которая имѣла совершенно исключительный и не повторявшійся уже болѣе успѣхъ,—она была переведена на 25 языковъ. Въ этой брошюрѣ Іерингъ, основываясь на теоріи Бентама, проповѣдуетъ борьбу за право à l'outrance. Для иллюстраціи своей мысли онъ съ особенной выпуклостью остановился на знаменитомъ судѣ Порціи надъ Шейлокомъ и рѣшительно и настойчиво доказывалъ, что этотъ судъ Порціи, которая отказала Шейлоку въ вырѣзываніи фунта мяса, представляетъ величайшую несправедливость, что Шейлокъ имѣлъ право на мясо, хотя бы должникъ истекъ кровью, и что несправедливость, совершаемая даже во имя человѣчества, все-таки не перестаетъ быть несправедливостью. Хотя брошюра Іеринга имѣла еще небывалый успѣхъ, но тѣмъ не менѣе именно этотъ примѣръ, который представляетъ въ сущности логическій выводъ изъ всей его теоріи, встрѣтилъ уже рѣзкія и рѣшительныя возраженія со стороны выдающихся юристовъ Германіи. Общество испугалось тогда этой теоріи борьбы. Оно испугалось того, что несправедливость не можетъ быть остановлена даже во имя человѣчества. Ясно вспомнилось summum jus est summa injuria. И вотъ почему тогда предложеніе ввести судъ шеффеновъ не встрѣтило ни одного возраженія.

Но то время, повторяю, было уже концомъ господства Бентамизма, перекинувшагося и на континентъ и нашедшаго свой апогей въ трудѣ Бастіа „объ экономической гармоніи“. Дайси опредѣляетъ, что время господства длилось съ 1825 по 1870 г. и собственно книга Іеринга была уже запоздалымъ его отраженіемъ, какъ далеко росходящіяся волны отъ брошеннаго въ воду камня. Началось новое теченіе. Прошли года и оно успѣло кристаллизоваться въ германскомъ гражданскомъ уложеніи и въ особенности въ новомъ швейцарскомъ гражданскомъ уложеніи. И когда въ 1904 году вновь приступлено было къ реформѣ уголовнаго процесса въ Германіи, то уже не только не оказалось голосовъ за судъ шеффеновъ, но, напротивъ, стало общимъ мѣстомъ названіе ихъ Beischläfer'ами и Ja-sager'ами, и со стороны компетентныхъ лицъ раздались рѣшительные голоса, что они являются помѣхой правосудію и противорѣчіемъ его задачамъ.

Но могутъ сказать на это: что же въ этомъ дурного? Тутъ

ничего нѣтъ ненормальнаго—пусть оно такъ и будетъ, пусть тогда, когда этотъ моментъ кризиса наступаетъ, когда есть нужда въ судѣ шеффеновъ, пусть они тогда и участвуютъ въ отправленіи правосудія; когда же кризисъ правосознанія минуетъ, тогда пусть опять возстановляется порядокъ нормальный, пусть тогда отправляетъ правосудіе единоличный судья.

Я думаю, что въ этихъ словахъ заключалась бы глубокая и роковая ошибка, а въ устахъ юриста эти слова звучали бы, по моему мнѣнію, прямо кощунствомъ. Вѣдь дѣло въ томъ, что когда начинается такой кризисъ, онъ не приходитъ внезапно, онъ наростаетъ медленно, онъ начинается съ неясныхъ чувствованій. Очевидно, что задача юриста въ такой моментъ можетъ заключаться только въ томъ, чтобы, поднявши забрало, идти навстрѣчу этому, помочь назрѣвающему кризису скорѣе разрѣшиться, помочь скорѣе кристаллизоваться этимъ неяснымъ чувствованіямъ и перевести ихъ въ область логическихъ посылокъ и выводовъ. При такомъ положеніи дѣла народное правосознаніе выйдетъ изъ кризиса обновленнымъ и укрѣпленнымъ, ибо недаромъ сказалъ поэтъ: „недолгая насъ буря укрѣпляетъ, хоть ею мы мгновенно смущены". Но если, напротивъ, юристъ, вмѣсто того, чтобы поднять забрало и бороться прямо съ этимъ явленіемъ, будетъ пытаться идти обходнымъ путемъ, ослабить значеніе этого кризиса и приспособлять старый законъ къ новымъ потребностямъ жизни, очевидно, онъ будетъ идти наперерѣзъ новому теченію. Вмѣсто того, чтобы помогать назрѣванію кризиса, онъ его затягиваетъ, дѣлаетъ его болѣе болѣзненнымъ и изъ такого затяжного состоянія, очевидно, народное правосознаніе выйдетъ ослабленнымъ, и принципъ законности явится глубоко ущербленнымъ и потрясеннымъ. Вотъ почему, я думаю, что только благодаря непониманію юристами этой своей задачи и могло случиться, напримѣръ, то, что теорія Іеринга пользовалась распространеніемъ и широкимъ признаніемъ въ то время, когда общая теорія, ее питавшая, была уже, какъ я сказалъ, на склонѣ дней своихъ. Я совершенно убѣжденъ, что если бы эта, самая святая, задача юриста была тогда исполнена, то намъ не пришлось бы ожидать два или три десятилѣтія, прежде чѣмъ народившіяся правовыя начала отлились бы въ новыхъ уложеніяхъ.

Если теперь отъ этихъ общихъ соображеній перейти къ условіямъ нашей дѣйствительности, то передъ нами, конечно, развернется та же картина, но она уже окажется нарисованной не тон-

кими штрихами, а грубой кистью, не щадившей яркихъ, рѣжущихъ красокъ. Мы толкуемъ объ опасности профессіонализма, но вѣдь у насъ этотъ профессіонализмъ осложняется имущественнымъ цензомъ, который грозитъ превратить юстицію въ классовое правосудіе. Мы безпокоимся о несоотвѣтствіи между объективнымъ правомъ и народнымъ правосознаніемъ, но вѣдь наши законы уже 30 лѣтъ тому назадъ офиціально были признаны негодными, устарѣлыми, противорѣчивыми и несправедливыми, и никогда этотъ кризисъ правосознанія не находилъ себѣ такого яркаго выразителя, какъ у насъ въ лицѣ Льва Толстого. Мы переживаемъ теперь періодъ соціальнаго переворота, который совершенно перевернулъ вверхъ дномъ весь укладъ крестьянской жизни и не могъ не отразиться самымъ рѣшительнымъ образомъ на народной психологіи. Мы, какъ передъ сфинксомъ, стоимъ передъ обычнымъ правомъ, которое для однихъ является какимъ-то сказочнымъ кладомъ, ключъ отъ котораго заброшенъ на дно моря-океана, а для другихъ является чѣмъ-то неуловимымъ, что, по словамъ поэта, „поймать ты льстись и ловить берегись".

Министръ юстиціи и думская комиссія не смутились всѣми этими трудностями потому, что они просто отъ нихъ отвернулись и, какъ страусъ во время опасности, спрятали голову подъ крыло. Но это насъ удивлять не можетъ, ибо сказано: „Рожденный ползать—летать не можетъ! И я думаю, что неожиданныя симпатіи министерскаго проекта къ выборному институту, который еще не такъ давно тѣмъ же министерствомъ объявлялся чуть ли не противогосударственнымъ институтомъ, объясняются больше всего желаніемъ сложить съ себя и перенести на этотъ выборный мировой институтъ отвѣтственность, подобно тому, напримѣръ, какъ они переносятъ на народное представительство отвѣтственность за осуществленіе власти, которую они сохраняютъ въ своихъ рукахъ.

Я не могу не сознавать, что тѣ опасности, которыя смущали всегда Западную Европу, при указанныхъ мною условіяхъ, достигаютъ колоссальныхъ размѣровъ, но вѣдь, соотвѣтственно съ этимъ, и то средство, которое противъ нихъ предлагается, можетъ вызвать точно также гораздо болѣе опасныя, непоправимыя послѣдствія. Ибо мы не можемъ не помнить, что чѣмъ право несовершеннѣе, чѣмъ больше его несоотвѣтствіе народному правосознанію, тѣмъ задача судьи становится гораздо отвѣтственнѣе. Онъ не можетъ никуда уйти отъ постояннаго соблазна, его не-

отступно преслѣдуетъ искушеніе сломить остріе негоднаго закона и приспособить этотъ законъ по своему усмотрѣнію къ нарождающимся новымъ потребностямъ жизни. Мы уже знаемъ, изъ опыта прошлаго, что наши судьи передъ этимъ искушеніемъ не устояли. Я, къ сожалѣнію, не могу пускаться въ подробности, но всѣ юристы поймутъ меня, когда я напомню изъ области гражданскаго права объ установившейся у насъ практикѣ сената по желѣзнодорожнымъ дѣламъ, представляющую изъ себя возмутительное издѣвательство надъ закономъ; я напомню изъ области уголовнаго права о тѣхъ удивительныхъ рѣшеніяхъ по вопросу о компетенціи суда присяжныхъ, которыя на протяженіи всего времени колебались то въ ту, то въ другую сторону въ угоду вѣяніямъ времени. Если насъ всѣхъ теперь ужасаетъ грубая тенденціозность, которая проникаетъ все правосудіе, то мы должны признать, что это состояніе было подготовлено долгими годами отступленія отъ начала законности, долгими годами благонамѣреннаго, произвольнаго приспособленія закона къ требованіямъ жизни. Разъ этотъ произволъ забрался на высокую ограду правосудія, онъ подтачиваетъ принципъ правосудія, и законности больше не существуетъ.

Я спрашиваю, мыслимо ли при такомъ положеніи дѣлъ теперь предлагать включеніе представителей мѣстнаго населенія въ судъ, мыслимо ли, чтобы они вмѣстѣ съ судьями принимали участіе въ приспособленіи къ интересамъ населенія того негоднаго закона, который теперь предполагается распространить на все населеніе. Одно изъ двухъ: или они подчинятся вліянію судьи-юриста и тогда они превратятся въ тѣхъ Beischläfer'овъ и asager'овъ какъ въ Германіи, но они будутъ служить помѣхой скорости и простотѣ производства, которыя для мѣстнаго суда являются тѣмъ же основнымъ, необходимымъ элементомъ, какъ сама справедливость. Или же они дѣйствительно будутъ вліять на рѣшенія суда и въ томъ случаѣ мы стремительно покатимся по той наклонной плоскости, по которой давно катимся, и очутимся въ концѣ концовъ въ пропасти.

Чрезвычайно характерно, что сами сторонники включенія народнаго элемента въ судъ отлично понимаютъ тѣ опасности, которыя такое совмѣщеніе представляетъ, и въ сущности признаютъ недопустимость такого совмѣщенія. Я имѣю въ виду, напримѣръ, А. А. Леонтьева, который въ своей книгѣ о волостномъ судѣ, предлагая его реформировать, находитъ, что дѣйствительно во-

лостные суды не могутъ справиться съ той задачей, которая на нихъ возложена, что въ ихъ составѣ долженъ быть непремѣнно судья-юристъ, но такъ какъ этотъ судья-юристъ, по его мнѣнію, подчинитъ ихъ своей волѣ, то онъ долженъ только руководить ими, принимать участіе въ обсужденіи вопроса, но долженъ устраняться отъ постановленія рѣшеній, которыя будутъ постановлять только одни волостные судьи. Если сторонники шеффенскаго суда предлагаютъ такіе проекты, то я думаю, что противники проекта могутъ спокойно вложить свой мечъ въ ножны. Я меньше всего желалъ бы заслужить упрекъ въ отвлеченности моихъ соображеній, въ нежеланіи считаться съ потребностями жизни. Напротивъ, я самъ указалъ въ началѣ, что безъ довѣрія населенія къ суду, судъ существовать не можетъ и, слѣдовательно, если бы мои соображенія были бы абсолютно правильными, но по конкретнымъ условіямъ мы все-таки не могли бы организовать судъ такъ, чтобы безъ участія народнаго элемента онъ возбуждалъ къ себѣ довѣріе населенія, то всѣ эти соображенія были бы мѣдью звенящей. Но отсюда слѣдуетъ, что если бы всѣ наши усилія способствовать исправленію внесеннаго проекта въ томъ смыслѣ, чтобы мы могли быть спокойны относительно довѣрія къ нему, оказались безплодными, то намъ осталось бы только сказать, что наше время все еще не призвано законодательствовать. Но было бы большимъ заблужденіемъ пытаться подвести подъ гнилое зданіе фундаментъ, ибо оно все равно обречено погибнуть. Было бы неправильно пытаться вмѣсто того, чтобы развязать Гордіевъ узелъ,—разсѣчь его. Разсѣченный онъ ударитъ однимъ концомъ по крестьянству, а другимъ по правосудію. И мнится мнѣ, если мы не въ силахъ совершить то дѣло, которое сдѣлали наши великіе предшественники, если намъ не суждено пережить то одушевленіе, которое, какъ бы по мановенію волшебнаго жезла, сразу разсѣяло тяжелую атмосферу недовѣрія, если великій моментъ разбивается о мелкихъ людей властвующей бюрократіи, то постараемся стать хотя бы въ уровень дерзаній нашихъ великихъ предшественниковъ, ибо правильно говорили римляне: in magnis et voluisse sat est.

Затѣмъ слово было предоставлено второму докладчику, *М. П. Чубинскому*.

При созданіи въ Россіи мѣстнаго суда, судебными уставами Императора Александра II смѣло и энергично была разорвана связь со старыми до-реформенными судебными порядками и, въ

частности, былъ сдѣланъ опытъ, который казался опаснымъ даже нѣкоторымъ горячимъ и просвѣщеннымъ сторонникамъ судебной реформы. Творцы уставовъ рѣшились ввести у насъ судъ присяжныхъ и призвать такимъ образомъ къ самостоятельному рѣшенію важнѣйшихъ уголовныхъ дѣлъ представителей народа, громадное большинство котораго лишь наканунѣ сбросило цѣпи рабства и далеко стояло отъ всякаго образованія.

Судъ присяжныхъ дожилъ до нашихъ дней; онъ пустилъ глубокіе корни, стяжалъ широкое довѣріе общества, получилъ не разъ и оффиціальное признаніе,—словомъ, одна изъ формъ участія въ судебномъ дѣлѣ народнаго элемента укрѣпилась; а самая идея такого участія блистательно доказала у насъ свою жизненность и свое право на существованіе.

Многое перемѣнилось въ судебныхъ уставахъ; надстройки и искаженія заглушили ихъ духъ; гордое зданіе новаго суда покосилось на сторону и требуетъ новой перестройки. Но по разнымъ и весьма многимъ причинамъ вопросъ о полной перестройкѣ не поставленъ на ближайшую очередь. Выдѣленъ и разсматривается въ государственной думѣ лишь вопросъ о мѣстномъ судѣ, т. е. лишь о части судебнаго цѣлаго, хотя, правда, части своеобразной и весьма существенной.

Не забудемъ, что лишь сравнительно немногіе совершаютъ болѣе крупныя преступленія или ведутъ крупные гражданскіе процессы, а потому входятъ въ близкое соприкосновеніе съ общими судами, обладающими болѣе высокой компетенціей. Подавляющее большинство населенія и въ области гражданскаго, и въ области уголовнаго права сталкивается лишь съ низшими судебными инстанціями, объемлемыми терминомъ „мѣстный судъ“.

Но введеніи судебной реформы у насъ дѣйствовали выборные мировые судьи и волостной судъ. Со времени созданія „института“ земскихъ начальниковъ отъ выборныхъ мировыхъ судей остались лишь обломки (въ небольшихъ городахъ); ихъ замѣнили новые судебно-административные органы, подъ опеку которыхъ были отданы и волостные суды. Новая реформа дала самые печальные результаты. Введенныя не для цѣлей правосудія, а „для созданія твердой и близкой къ народу правительственной власти“, т. е. для цѣлей реакціонно-политическихъ, институтъ земскихъ начальниковъ скоро дискредитировалъ себя безнадежнымъ образомъ, что послѣ долгихъ колебаній признало и правительство, внесшее въ государственную думу проектъ реформы мѣстнаго

суда, въ которомъ возстановлялась мировая юстиція, судебныя же функціи земскихъ начальниковъ, а равно и волостные суды, упразднялись.

Въ настоящей статьѣ мы не имѣемъ въ виду дѣлать общую оцѣнку какъ министерскаго проекта, такъ и тѣхъ измѣненій, которыя въ немъ были сдѣланы съ одной стороны комиссіями второй и третьей думы, съ другой—министерствомъ юстиціи, передѣлывавшимъ свой проектъ въ зависимости отъ колебаній политическаго барометра. Этотъ сложный вопросъ требуетъ особаго и подробнаго разсмотрѣнія, мы же сейчасъ имѣемъ въ виду вопросъ частный—о допущеніи или недопущеніи участія въ мѣстномъ судѣ народнаго элемента.

Очевидно, что при полномъ уваженіи къ суду присяжныхъ нельзя настаивать на разсмотрѣніи съ его участіемъ всѣхъ дѣлъ, подсудныхъ мѣстному суду: судъ присяжныхъ слишкомъ сложенъ, слишкомъ громоздокъ и слишкомъ дорогъ для того, чтобы стать постояннымъ вершителемъ массы сравнительно мелкихъ и несложныхъ дѣлъ. Стремясь къ участію въ судѣ мѣстномъ представителей народа, нужно, поэтому, обращаться къ поискамъ иныхъ формъ этого участія. И за поисками дѣло не стало. Вопросъ объ упомянутомъ участіи возбуждался въ комиссіяхъ второй и третьей думы; онъ разсматривался, хотя и мимоходомъ, на январскомъ съѣздѣ русской группы международнаго союза криминалистовъ; онъ возбудилъ къ себѣ интересъ въ печати; онъ виситъ въ воздухѣ, и судьба его скоро рѣшится, ибо въ думѣ обсужденіе законопроекта о мѣстномъ судѣ происходитъ на нашихъ глазахъ, и она скажетъ относительно участія въ мѣстномъ судѣ народнаго элемента свое рѣшительное „быть или не быть". Пока, хотя споръ и продолжается, но думскіе вѣсы склоняются не въ пользу народнаго элемента, причемъ въ рядахъ противниковъ стоятъ не только поклонники исключительно коронnаго суда, враждебные всякому допущенію въ судъ народнаго элемента, но и многіе изъ тѣхъ, кто вполнѣ сочувственно относится къ народному элементу въ лицѣ суда присяжныхъ, не желая въ то же время принять сдѣланное уже въ думѣ предложеніе ввести въ мѣстный судъ двухъ выборныхъ представителей населенія, которые при разборѣ дѣлъ составляли бы вмѣстѣ съ судьей одну коллегію, какъ это имѣетъ мѣсто въ Германіи, откуда заимствовано и принятое уже въ литературѣ названіе этихъ засѣдателей—„шеффены".

Этотъ фактъ невольно заставляетъ призадуматься и тщательно

взвѣсить, дѣйствительно ли введеніе шеффеновъ въ мѣстный судъ или принципіально не нужно, или излишне, или практичоски не осуществимо, или даже вредно.

Разберемъ, поэтому, послѣдовательно аргументацію противниковъ шеффенскаго института.

Здѣсь прежде всего говорятъ, что защитники шеффеновъ исходятъ изъ признанія необходимости сохраненія обычнаго права, тогда какъ въ дѣйствительности обычнаго права у насъ не существуетъ: оно вымираетъ, ибо между городомъ и деревней идетъ постоянная тяга туда и обратно, которая сглаживаетъ прежнюю рѣзкую разницу правовоззрѣній и вытѣсняетъ ту силу обычаевъ, которою раньше жила крестьянская масса. Поскольку же обычное право сохраняется въ видѣ остатковъ, а не является измышленіемъ подкупленныхъ и руководящихъ волостными судьями писарей, оно „консервируетъ въ себѣ отсталость, косность и произволъ".

Нельзя сразу же не замѣтить, что приведенная аргументація состоитъ изъ ряда недоказанныхъ положеній. Прежде всего, можно стоять за участіе народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ и одновременно быть противникомъ обычнаго права. Въ шеффенахъ можно цѣнить не знаніе этого права, а знаніе быта, нравовъ, вѣрованій и воззрѣній на справедливое и несправедливое, живущихъ въ народныхъ массахъ и, въ такой странѣ, какъ наша, весьма разнообразящихся по мѣстностямъ въ виду громадности пространства нашего отечества и поразительнаго разнообразія въ немъ племенныхъ, культурныхъ, экономическихъ и другихъ условій. Въ шеффенахъ можно цѣнить ихъ непосредственность, способность къ свѣжести воспріятія, непритупленную профессіональной привычкой къ судебному дѣлу способность въ рѣшеніе дѣла вносить не правду формальную, а правду жизни,—словомъ, всѣ тѣ способности, благодаря которымъ судъ присяжныхъ называется судомъ совѣсти и самое бытіе его получаетъ защиту и оправданіе.

Да и по существу, даже признавая далеко несовершенными нормы нашего обычнаго права, мы все же не находимъ основаній для отрицанія его бытія или сведенія его къ произволу пьяныхъ и подкупныхъ дѣятелей волостного суда. Вспомнимъ, что надъ изученіемъ обычнаго права трудится и трудился рядъ ученыхъ, изъ которыхъ мы можемъ отмѣтить хотя бы свѣтлое и авторитетное имя покойнаго Е. И. Якушкина, опубликовавшаго многіе цѣнные матеріалы, явившіеся результатомъ его изысканій въ

данной области; вспомнимъ, что для изученія обычнаго права организовывались еще такъ недавно особыя отдѣленія ученыхъ обществъ, и что въ частности такое отдѣленіе функціонировало въ петербургскомъ юридическомъ обществѣ. Во многомъ на обычное право наложила отпечатокъ темнота, и народная печальная приниженная судьба народныхъ массъ, многое искажено произволомъ, пьянствомъ и подкупностью волостного суда, но отъ признанія этого до огульнаго отрицанія и осужденія обычнаго права вообще—дистанція огромнаго размѣра. На нашей народной нивѣ, создавшей чудную пѣсню, сказку и другіе перлы творчества, не могли вырасти одни плевелы, поскольку дѣло касалось правового творчества; должна была быть и пшеница, которую нужно отличать отъ плевеловъ, а не рвать вмѣстѣ съ ними.

Но допустимъ даже, что мы рѣшились бы рвать, согласившись съ огульно-пессимистической оцѣнкой обычнаго права. На народную жизнь, до сихъ поръ въ области массы дѣлъ регулируемую волостными судами, мы распространимъ общія формальныя правовыя начала, т. е. въ области гражданской — первую часть X тома св. зак., а въ области уголовной—уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, плюсъ дополненія изъ уложенія о наказаніяхъ, вызванныя уже намѣченнымъ въ проектѣ закона о мѣстномъ судѣ расширеніемъ компетенціи послѣдняго.

Но вѣдь фактомъ общеизвѣстнымъ является то, что названный томъ гражданскихъ законовъ наукой давно и дружно признанъ никуда негоднымъ, и что надъ этими законами выросла цѣлая гора перекроившихъ, спутавшихъ и даже измѣнившихъ ихъ сенатскихъ толкованій. Это ветхое и негодное зданіе обречено на сломку, а мы въ это самое время будемъ втискивать въ него народную жизнь, будемъ въ угоду его нормамъ ломать народныя правовоззрѣнія. Въ достиженіе такимъ путемъ плодотворныхъ результатовъ мы вѣрить отказываемся.

Еще хуже будетъ съ областью уголовной. До сихъ поръ преступники изъ крестьянства за мелкія имущественныя преступленія, учиненныя въ своей средѣ, приговаривались волостнымъ судомъ къ штрафу, аресту въ т. наз. холодной или къ общественнымъ работамъ; впредь же, даже при наличности самыхъ исключительныхъ смягчающихъ обстоятельствъ, они, въ силу предписанія нашего закона, не допускающаго наказанія меньше тюрьмы при кражѣ, мошенничествѣ и т. д., пойдутъ въ тюрьму и ихъ будутъ не десятки, а тысячи, до сихъ поръ избавлявшіяся отъ знакомства

съ тюрьмой и ея растлѣвающимъ вліяніемъ. Поэтому переходъ къ общимъ нормамъ грозитъ большими опасностями; необходимо изданіе ряда новеллъ, которыя санкціонировали бы возможность отступленія отъ указанныхъ нормъ, но и при наличности такихъ новеллъ, которыя могутъ предусмотрѣть лишь наиболѣе яркіе и вопіющіе случаи, все же останется масса случаевъ полнаго несоотвѣтствія нормъ закона съ воззрѣніями народа и установившимися порядками его жизни. Вотъ здѣсь-то именно и окажется особенно цѣннымъ участіе въ судѣ шеффеновъ, этихъ живыхъ носителей народнаго правосознанія и чувства справедливости. Иначе переходъ къ общимъ нормамъ будетъ не торжествомъ истиннаго правосудія, а народнымъ бѣдствіемъ, попраніемъ народныхъ понятій въ угоду устарѣвшимъ и негоднымъ законамъ.

Но, говорятъ далѣе, вопросъ о шеффенахъ уже возбуждался и рѣшенъ отрицательно по вполнѣ вѣскимъ основаніямъ. Соотвѣтствующія предложенія отвергнуты комиссіями второй и третьей думы; къ нимъ отрицательно отнеслись и крестьяне, и представители Польши, гдѣ судъ даннаго типа дѣйствуетъ подъ именемъ гминнаго суда и успѣлъ обнаружить тамъ недостатки, ему свойственные; тамъ же, гдѣ нѣтъ какихъ-либо исключительно благопріятныхъ условій, напримѣръ, на родинѣ шеффенскаго института, въ Германіи, онъ встрѣчаетъ большія возраженія. Движеніе въ его пользу возникло на почвѣ борьбы юристовъ съ судомъ присяжныхъ; на практикѣ шеффены оказываются малодѣятельнымъ элементомъ, стяжавшимъ названіе Beischläfer'овъ и Ia-sager'овъ. Во всякомъ же случаѣ соединеніе судьи-юриста и шеффеновъ является неудачнымъ потому, что одинъ элементъ всегда можетъ проявлять тенденцію къ тому, чтобы затирать другой и лишать его значенія.

И опять-таки нѣтъ ни одного пункта въ приведенной аргументаціи, который не вызывалъ бы самыхъ серьезныхъ возраженій.

Во-первыхъ, вопросъ объ участіи въ мѣстномъ судѣ народнаго элемента всегда возбуждался въ думѣ именно представителями крестьянъ, которые всегда находили если и не многихъ, то вполнѣ убѣжденныхъ союзниковъ, и по данному вопросу вырабатывались и записки, и проекты. Во-вторыхъ, о дѣятельности гминнаго суда намъ не приходилось нигдѣ читать отрицательныхъ отзывовъ; отзывы же положительные дѣлались неоднократно и въ числѣ ихъ имѣется отзывъ Спасовича, который соединялъ въ себѣ выдающагося юриста и знатока Польши и ободрялъ эту форму суда

по существу, а не по какимъ-либо политическимъ соображеніямъ. Вопросъ же о положеніи шеффенскаго института въ Германіи въ дѣйствительности рисуется въ совершенно иномъ свѣтѣ. Противъ шеффеновъ тамъ выступаютъ почти исключительно тѣ, которые стоятъ и противъ присяжныхъ, т. е. вообще отрицательно относятся къ идеѣ участія въ судѣ народнаго элемента; если въ началѣ 70-годовъ дѣйствительно многіе стояли за введеніе шеффенскаго института съ цѣлью уничтоженія суда присяжныхъ, то въ наши дни положеніе рѣзко измѣнилось; теперь подготовляется реформа процесса въ Германіи, и мы видимъ, что послѣ почти сорокалѣтней дѣятельности шеффенскаго института оцѣнка его является настолько благопріятной, что новые проекты идутъ по пути расширенія его дѣятельности и встрѣчаютъ полное одобреніе большинства авторитетныхъ спеціалистовъ. Едва ли институтъ дискредитированный могъ бы завоевать такую позицію, а поэтому мы должны скорѣе признать, что мнимые Beischläfer'ы и Ja-sager'ы въ дѣйствительности такъ же важны и цѣнны, какъ не перестали быть цѣнными присяжные, несмотря на эпитеты „судъ улицы“ или „добрые люди, но плохіе музыканты“.

Послѣдній принципіальный аргументъ противниковъ шеффенскаго института заключается въ томъ, что мѣстный судъ, имѣющій своей главной задачей быстроту и простоту производства, очевидно, долженъ быть единоличнымъ, ибо коллегіальность, ослабляя въ судѣ чувство отвѣтственности за его рѣшенія, въ то же время поведетъ къ чрезвычайнымъ замедленіямъ и осложненіямъ.

Одинъ изъ приведенныхъ пунктовъ бьетъ не коллегіальность мѣстнаго суда, а принципъ коллегіальности вообще; если бы указанное ослабленіе чувства отвѣтственности было неизбѣжнымъ, то все же съ нимъ до нѣкоторой степени пришлось бы мириться, въ виду важности и полезности коллегіальнаго принципа, дающаго полноту, обстоятельность и разносторонность обсужденія разсматриваемыхъ дѣлъ; но мы не видимъ и ослабленія: разъ судья будетъ солидаренъ съ шеффенами, будетъ чувствовать себя отвѣтственнымъ за общее рѣшеніе; разъ не согласенъ и остался при особомъ мнѣніи, онъ снимаетъ съ себя отвѣтственность.

Равнымъ образомъ, хотя быстрота и простота производства желательны вообще, и въ мѣстномъ судѣ въ особенности, но онѣ должны быть достигаемы безъ ущерба для качественной стороны дѣла, т. е. безъ ущерба для всесторонняго его выясненія и наивозможно правильнаго рѣшенія, а что безъ участія народнаго эле-

мента такого ущерба не случится,—это еще нужно доказать, и мы думаемъ, что доказать это—болѣе чѣмъ трудно.

Но мы не ждемъ и особыхъ осложненій: во-первыхъ, въ компетенціи мѣстнаго суда можетъ быть рядъ менѣе важныхъ дѣлъ, не требующихъ непремѣннаго участія народнаго элемента при ихъ разсмотрѣніи, и, во-вторыхъ, шеффены смогутъ быстро освоиться съ технической стороной судебнаго засѣданія, а потому замедленія будутъ лишь въ случаѣ необходимости болѣе тщательно освѣтить и обсудить дѣло, но о такихъ замедленіяхъ, конечно, жалѣть не придется. Далѣе, переходя съ принципіальной почвы на практическую, иногда утверждаютъ, что близость суда къ населенію и знаніе условій могутъ быть достигнуты и безъ шеффеновъ—путемъ хорошей организаціи выборнаго мирового института при демократизаціи избирательной коллегіи и при выборѣ судей изъ мѣстныхъ людей, судья самъ явится представителемъ народнаго элемента и, значитъ, другихъ представителей уже не нужно. Здѣсь много вѣрнаго. Если бы дѣйствительно у насъ предстояла широкая демократизація коллегіи, призванной избирать судей, если бы эта демократизація была доведена до такихъ предѣловъ, при наличности которыхъ судья былъ бы дѣйствительно избранникомъ народа, вопросъ о дополнительныхъ избранникахъ, шеффенахъ, потерялъ бы значительную долю своей остроты, но, какъ увидимъ далѣе, все же не могъ бы быть снятымъ съ очереди.

Но сейчасъ дѣло обстоитъ совсѣмъ не такъ. Всякій, кто слѣдитъ у насъ за ходомъ проекта о мѣстномъ судѣ, не можетъ не замѣтить, что даже о возвращеніи къ мировому суду въ предѣлахъ уставовъ 1864 года можно говорить лишь по недоразумѣнію: старое земство преобразовано на основаніи принциповъ сословности и преобладанія помѣстнаго дворянства, и, значитъ, избирательная коллегія теперь уже не та. Ждать же въ близкомъ будущемъ преобразованія земства на демократическихъ началахъ едва ли приходится: не туда наклоняется стрѣлка политическаго барометра, и недаромъ въ министерскомъ проектѣ мѣстнаго суда третья дума нашла нововведеніе въ видѣ расширенія роли земельнаго ценза и уменьшенія роли образовательнаго, а въ объяснительной къ проекту запискѣ появилось характерное заявленіе, гласящее, что ввѣрять общественнымъ учрежденіямъ выборъ судей можно лишь при томъ условіи, если будетъ обезпечено избраніе лицъ, пользующихся довѣріемъ не только общества, но и правительства...

Но даже, если бы дѣло обстояло совершенно иначе, вопросъ о

шеффенахъ все же не упразднился бы. Въ пользу ихъ попрежнему говорили бы уже приведенныя нами соображенія о полезности участія въ судебномъ дѣлѣ элементовъ непрофессіональныхъ и о цѣломъ рядѣ спеціальныхъ особенностей нашей жизни, связанныхъ съ обширностью, разнообразіемъ и разноплеменностью нашего отечества.

Сверхъ того мы знаемъ, что ходъ нашей исторической жизни выработалъ глубокое недовѣріе народныхъ массъ къ привиллегированнымъ классамъ, и что это недовѣріе сгладится еще не такъ скоро; оно ярко сказывается какъ на мѣстахъ, такъ и въ стѣнахъ государственной думы—и съ этимъ необходимо считаться. Если мы хотимъ, чтобы мѣстный судъ пользовался широкимъ довѣріемъ населенія (а вѣдь только тогда онъ выполнитъ свою главную культурную задачу), онъ не можетъ обойтись безъ участія народнаго элемента, особенно въ наши дни, когда идетъ полная путаница, когда провозглашены, но не вошли въ жизнь начала новаго строя; когда народныя массы отодвинуты назадъ новымъ закономъ о выборахъ въ государственную думу и ослаблены въ своемъ вѣсѣ законами реакціонной эпохи о реформѣ выборовъ въ земства и въ городскія думы; когда идетъ ломка цѣлаго ряда устоевъ стараго быта, когда прогрессируетъ развитіе капитализма, а земельныя отношенія, понятія въ крестьянской средѣ о собственности и многое другое—перевернуты въ значительной мѣрѣ новыми экспериментами въ области землеустройства; когда, наконецъ, еще очень далеко отстоятъ другъ отъ друга міровоззрѣніе интеллигенціи и міровоззрѣніе массъ.

Въ шестидесятыхъ годахъ, исходя изъ довѣрія къ уму и чутью народа, у насъ ввели совершенно новый институтъ присяжныхъ засѣдателей, и смѣлый опытъ увѣнчался успѣхомъ. Теперь, чтобы сдѣлать дальнѣйшій шагъ впередъ и ввести шеффеновъ, не нужно и смѣлости: во-первыхъ, формы совмѣстной работы судьи и народныхъ представителей составляютъ давнее и постоянное явленіе въ исторіи нашего права, а во-вторыхъ, опытъ Царства Польскаго и Германіи можетъ дать намъ много цѣнныхъ практическихъ указаній, такъ что выработка соотвѣтствующаго законопроекта не потребовала бы особенно продолжительнаго времени, небольшое же замедленіе въ дѣлѣ реформы мѣстнаго суда съ лихвой окупилось бы ея, уже извѣстными намъ, цѣнными сторонами.

Мы не даемъ сейчасъ никакихъ практическихъ деталей, ибо необходимо еще отстаивать самый принципъ. Въ его огромную

важность мы вѣримъ и дали ему посильное обоснованіе. Разумная осторожность въ дѣлѣ реформъ не должна, по нашему мнѣнію, переходить въ страхъ передъ полезными, хотя и весьма крупными, измѣненіями въ области правовыхъ институтовъ. При наличности такого страха, мы не имѣли бы до сихъ поръ тѣхъ судебныхъ уставовъ 1864 года, которыми Россія по праву гордилась. Съ тѣхъ поръ прошло 45 лѣтъ, и мы думаемъ, что пришла пора сдѣлать новый шагъ впередъ и не только вернуться къ мировому суду, но и сдѣлать этотъ судъ коллегіальнымъ путемъ введенія въ него народнаго элемента.

Великое дѣло суда только выиграетъ отъ единенія разныхъ соціальныхъ слоевъ, отъ вниманія ко взглядамъ народа и отъ довѣрія къ народу, которое должно бы быть основнымъ принципомъ государственной жизни вообще.

По окончаніи изложеннаго сообщенія М. Н. Чубинскаго, *В. Д. Набоковъ* довелъ до свѣдѣнья собранія, что А. А. Леонтьевъ по болѣзни лишенъ возможности сдѣлать обѣщанный имъ докладъ, а Г. Б. Сліозбергъ, предполагавшій сдѣлать сообщеніе, прислалъ краткое заключеніе о необходимости введенія у насъ института шеффеновъ.

Сущность содержанія заключенія *Г. Б. Сліозберга* сводится къ слѣдующему:

При широкой компетенціи, которая предполагается, по измѣненіямъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, вызываемымъ введеніемъ новаго мѣстнаго суда, едва ли можно оставить безъ вниманія вопросъ о томъ, насколько цѣлесообразно предоставить единоличному судьѣ разрѣшеніе уголовныхъ дѣлъ, которыя будутъ подвѣдомственны мѣстному суду. Какъ разъ въ первой инстанціи, гдѣ необходима особенно сложная работа по оцѣнкѣ доказательствъ и установленію фактическихъ данныхъ, наличность коллегіи представляется весьма необходимой, въ гораздо большей степени, чѣмъ въ аппелляціонной инстанціи. Между тѣмъ при предполагаемой организаціи суда получается такое ненормальное положеніе, что какъ разъ во второй инстанціи дѣло разсматривается коллегіей, а въ первой инстанціи оно проходитъ у единоличнаго судьи. При невозможности же для мѣстной подсудности устанавливать коллегіальный судъ, участіе шеффеновъ представляется необходимымъ коррективомъ въ этомъ отношеніи, такъ какъ безъ затрудненія для государственнаго казначейства и безъ особаго затрудненія

для мѣстнаго населенія уголовныя дѣла сравнительно большей важности могли бы разсматриваться въ коллегіи, а не единоличнымъ судьей.

Участіе шеффеновъ при разсмотрѣніи уголовныхъ дѣлъ было бы необременительно въ виду того, что вся главная задача реформы мѣстнаго суда и заключается въ приближеніи его къ населенію; въ частности предполагается разсмотрѣніе дѣлъ не только въ одномъ мѣстѣ, но и въ разныхъ волостяхъ, входящихъ въ округъ даннаго судьи. Очевидно, что участіе мѣстныхъ людей въ такомъ судѣ не было бы сопряжено съ отлучкою ихъ отъ постояннаго мѣстожительства и не требовало бы продолжительнаго времени. Такимъ образомъ я полагаю, что введеніе у насъ суда съ участіемъ шеффеновъ прежде всего давало бы гарантію, которая дается коллегіальнымъ разсмотрѣніемъ дѣла. Не стану останавливаться на значеніи для правильнаго отправленія правосудія участія общественнаго элемента, а въ особенности мѣстныхъ людей, знакомыхъ съ мѣстными условіями и знающихъ лицъ, которыя подвергаются ихъ суду.

Послѣднее время обнаружилось стремленіе значительной части крестьянскаго населенія къ сохраненію волостного суда. Надо думать, что въ этомъ отношеніи имѣетъ вліяніе не столько вѣра въ правильность отправленія правосудія волостнымъ судомъ, какъ привычка къ тому, чтобы быть судимымъ людьми болѣе или менѣе близкими, а, съ другой стороны, нѣкоторыя опасенія населенія, что мировые судьи будутъ далеки отъ ихъ міровоззрѣнія, чужды условіямъ ихъ жизни. Населенію дорогъ судъ родной, въ которомъ принимаютъ участіе люди его среды. Особенно основательны опасенія въ отношеніи суда уголовнаго, и поэтому если невозможно учрежденіе коллегіальнаго суда для всей мѣстной подсудности, если невозможно участіе общественнаго элемента въ отправленіи правосудія по гражданскимъ дѣламъ, то нѣкоторымъ успокоеніемъ могло бы служить введеніе суда шеффеновъ для дѣлъ уголовныхъ.

У насъ отпадаетъ и то возраженіе, которое обычно дѣлается противниками шеффеновъ и заключается въ указаніи на отсутствіе въ апелляціонной инстанціи общественнаго элемента, представленнаго въ первой инстанціи. Ибо у насъ, въ отличіе отъ Германіи, апелляціонная инстанція предполагается въ видѣ коллегіи мировыхъ судей, избираемыхъ, а не назначаемыхъ правительствомъ.

Далѣе, судъ шеффеновъ не требовалъ бы значительныхъ измѣ-

неній въ дѣйствующемъ порядкѣ судопроизводства. Порядокъ составленія списковъ для каждой волости не трудно установить, и само собою разумѣется, что списокъ долженъ быть общій, всесословный. Что же касается нѣкоторыхъ затрудненій при изложеніи приговоровъ, то и въ этомъ отношеніи опытъ Германіи показываетъ, что изложеніе краткихъ мотивовъ при постановленіи самой резолюціи быстро входитъ въ привычку и само по себѣ представляетъ лишнюю гарантію осмотрительнаго постановленія приговора.

По прочтеніи В. Д. Набоковымъ заключенія Г. Б. Сліозберга, по предложенію предсѣдателя открылись пренія по выслушаннымъ докладамъ.

П. И. Люблинскій, выступившій съ рядомъ возраженій противъ доклада І. В. Гессена, отстаивастъ, какъ и М. Н. Чубинскій, введеніе у насъ института шеффеновъ въ преобразуемый мѣстный судъ. Докладъ І. В. Гессена, въ которомъ затронуты весьма важные, принципіальные вопросы, представляетъ тѣмъ большій интересъ, что І. В. Гессенъ былъ докладчикомъ по вопросу о мѣстномъ судѣ во 2-ой Государственной Думѣ. Тѣмъ не менѣе, по существу оппонентъ не можетъ согласиться съ положеніями доклада. Основное принципіальное возраженіе І. В. Гессена противъ института шеффеновъ сводится къ утвержденію, что вообще участіе народнаго элемента въ судѣ исторически не есть собственно нормальный способъ отправленія правосудія, а представляется скорѣе явленіемъ, періодически вспыхивающимъ на исторической поверхности съ цѣлью устраненія или смягченія того разлада, который въ извѣстныя эпохи образуется между дѣйствующимъ матеріальнымъ правомъ и народнымъ правосознаніемъ. Участіе народнаго элемента есть, слѣдовательно, по мнѣнію І. В. Гессена, способъ суверенпаго исправленія закона — способъ, по существу весьма опасный и къ тому же противорѣчащій идеѣ правосудія. При такомъ взглядѣ на происхожденіе и характеръ участія народнаго элемента въ судѣ, нельзя, конечно, не притти къ весьма печальнымъ, отрицательнымъ выводамъ о значеніи народнаго элемента для отправленія правосудія, ибо съ этой точки зрѣнія участіе народнаго элемента въ судѣ оказывается какимъ то обманчивымъ огонькомъ, при помощи котораго народное правосознаніе *непосредственно*, путемъ судебныхъ рѣшеній (слѣдовательно, помимо реформы законодательства) стремится воплo-

тить въ жизнь свои правовыя воззрѣнія, не подозрѣвая, что такимъ путемъ подрывается въ дѣйствительности самая основа правосудія—законность. Но съ этимъ положеніемъ І. В. Гессена никакъ нельзя согласиться: участіе народнаго элемента въ судѣ отнюдь не есть въ исторіи какое то случайное и преходящее явленіе, напротивъ, мы наблюдаемъ это участіе въ разныя эпохи и въ разныхъ странахъ, какъ явленіе нормальное и постоянное на протяженіи вѣковъ. Но, далѣе, самая задача участія народнаго элемента въ судѣ по существу сводится не къ суверенному измѣненію и приспособленію закона, а лишь къ *подзаконному* исправленію его недостатковъ; подзаконное же исправленіе недостатковъ закона требуетъ именно участія народнаго элемента въ судѣ, такъ какъ профессіональный судья, отличающійся цѣлымъ рядомъ недостатковъ, обусловленныхъ именно его профессіональностью, гораздо менѣе пригоденъ для этой цѣли. Вообще, возраженія противъ участія народнаго элемента въ судѣ исходятъ обыкновенно изъ двухъ лагерей: изъ лагеря чистыхъ государственниковъ и изъ среды послѣдователей уголовно-антропологической школы. Не останавливаясь на доводахъ, исходящихъ изъ лагеря антропологической школы, слѣдуетъ замѣтить, что отрицательное отношеніе школы государственниковъ къ народному элементу ведетъ свое происхожденіе еще отъ Бентама. Исходной точкой этого отношенія является представленіе о судьѣ, какъ о механическомъ аппаратѣ, который по точно установленнымъ заранѣе въ законѣ способамъ примѣняетъ законъ къ отдѣльнымъ случаямъ жизни. Но жизнь совершенно не оправдала этого взгляда на судью: дѣйствительность показала, что никакое законодательство, даже самое совершенное, не въ состояніи устранить необходимость для судьи творческой функціи. Творческая же функція судьи парализуется профессіонализмомъ. Вотъ почему народный элементъ представляется необходимымъ коррективомъ въ этомъ отношеніи. Что же касается ссылки докладчика на Л. І. Петражицкаго, то и она не можетъ быть признана убѣдительной. Теорія Петражицкаго, напротивъ, могла бы быть выдвинута, какъ сильный доводъ въ пользу привлеченія народнаго элемента къ участію въ судѣ, ибо вся теорія Петражицкаго является горячимъ протестомъ противъ монополіи „оффиціальнаго“, узкопрофессіональнаго права и реабилитаціей права „интуитивнаго“.

Далѣе, и съ точки зрѣнія довѣрія населенія къ суду, безъ

котораго немыслимо нормальное и плодотворное осуществленіе правосудія, участіе народнаго элемента въ судѣ можетъ имѣть лишь положительное значеніе—особенно же въ нашихъ теперешнихъ условіяхъ, когда основной государственной задачей настоящаго момента является необходимость найти такую компромиссную форму, которая могла бы примирить интересы принудительной власти государства съ интересами свободной личности и создать между ними необходимое взаимодѣйствіе.

Таковы принципіальныя соображенія, которыя могутъ быть противопоставлены возраженіямъ докладчика противъ участія народнаго элемента въ судѣ. Нужно, однако, замѣтить, что какъ бы ни разрѣшался общій принципіальный вопросъ о значеніи участія народнаго элемента въ судѣ, въ настоящій моментъ, когда въ Гос. Думѣ рѣшается вопросъ объ организаціи будущаго нашего мѣстнаго суда, всѣ принципіальныя соображенія за и противъ участія народнаго элемента не имѣютъ рѣшающаго значенія и представляются въ извѣстной степени лишнимъ „багажомъ". Передъ нами стоитъ вопросъ чисто практическій: какъ отнестить къ проекту министра юстиціи, какимъ путемъ исправить его недостатки и какъ поддержать теченія, благопріятныя полезнымъ измѣненіямъ законопроекта? Эти вопросы рѣшаются, конечно, въ зависимости отъ чисто практическихъ соображеній. Послѣднія же соображенія говорятъ, во всякомъ случаѣ, въ пользу участія народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ. Прежде всего, какъ уже указывалъ М. П. Чубинскій, новый единоличный судья отнюдь не явится возстановленіемъ „хорошо знакомаго" типа прежняго мирового судьи. При той болѣе или менѣе глубокой бороздѣ, какую послѣднія десятилѣтія провели между нашими сословіями, сословный духъ, характеризующій организацію теперешнихъ земскихъ учрежденій будущихъ избирательныхъ коллегій для судей, получаетъ особенно важное отрицательное значеніе. Далѣе, мировой судъ вѣдь не былъ еще испытанъ на крестьянахъ. И, наконецъ, нельзя забывать, что вмѣстѣ съ новой формой суда мы навязываемъ крестьянству и новое право. Мы приходимъ къ нимъ съ двумя книжками (X т. и Уст. о нак.), не сознавая отвѣтственности за ту ломку, какая можетъ быть этимъ вызвана въ народной жизни. Особенно важное значеніе имѣетъ именно послѣднее соображеніе. Въ видѣ иллюстраціи П. И. Люблинскій ссылается на институтъ мировыхъ засѣдателей, напоми-

пающихъ шеффеновъ, который былъ введенъ во Франціи Учредительнымъ Собраніемъ 1791 года и существовалъ до 1809 года, т. е. почти до введенія въ дѣйствіе новаго матеріальнаго права. Вообще, въ переходныя эпохи, и въ особенности когда право обычное для огромной массы населенія замѣняется правомъ писаннымъ, особенно важно участіе народнаго элемента въ судѣ, какъ весьма цѣнный коррективъ недостатковъ писаннаго права. Даже въ Англіи, на которую часто ссылаются, какъ на аргументъ въ пользу единоличнаго судьи, въ дѣйствительности можно найти данныя, убѣдительно доказывающія, что отсутствіе народнаго элемента въ судѣ въ извѣстные періоды англійской исторіи вредно отражалось на правосудіи..... Въ видѣ примѣра можно указать но то, какъ мировые судьи въ XIV и XV вв. прибѣгали къ содѣйствію полиціи противъ рабочихъ. Любопытныя данныя по этому вопросу мы находимъ, напр., въ книгѣ М. М. Ковалевскаго „О полиціи рабочихъ и мировыхъ судей въ XIV и XV вв.“ Еще болѣе отрицательное значеніе имѣла въ ту эпоху дѣятельность мировыхъ судей по разрѣшенію земельныхъ споровъ. Односторонніе и пристрастныя рѣшенія ихъ въ пользу лэндлордовъ привели къ обезземеленію огромной массы крестьянскаго населенія и къ созданію остраго земельнаго вопроса. Оппонентъ полагаетъ, что есть серьезныя основанія опасаться, какъ бы и у насъ подобныя явленія не явились результатомъ реформы мѣстнаго суда, если восторжествуетъ принципъ единоличности суда. Вотъ почему, въ особенности при замѣнѣ обычнаго права писанымъ, представляется крайне желательнымъ и необходимымъ введеніе въ судъ народнаго элемента.

Къ изложеннымъ общимъ соображеніямъ у насъ присоединяются еще мотивы спеціальные, троякаго рода въ пользу участія народнаго элемента въ судѣ: а) Мотивы политическаго характера; именно, при отсутствіи почти всякаго участія крестьянъ въ административной жизни государства и при крайне слабомъ участіи ихъ въ законодательной дѣятельности, участіе ихъ въ судѣ является фактически почти единственной формой участія ихъ въ политической жизни государства. Благодаря такому участію, судъ сдѣлается для нихъ „роднымъ“ и „близкимъ“, что имѣетъ, конечно, громадное значеніе. Проектъ же съ легкимъ сердцемъ передаетъ судъ въ руки другихъ сословій—„баръ“, и крестьяне едва ли примирятся съ

этимъ. б) Мотивы соціально-сословнаго характера; именно, народный укладъ, народный бытъ имѣетъ свои специфическія черты, источникомъ которыхъ являются своеобразныя экономическія воззрѣнія крестьянъ, какъ и не менѣе своеобразныя представленія крестьянъ о „справедливости“ и т. п. Лишь участіе народнаго элемента въ судѣ обезпечитъ возможность считаться въ судебныхъ рѣшеніяхъ съ этими особенностями крестьянскаго уклада. в) Мотивы національнаго характера; эта группа мотивовъ имѣетъ особое значеніе въ отношеніи окраинъ, гдѣ назначенные министромъ юстиціи судьи въ большинствѣ неизбѣжно окажутся чуждыми интересамъ мѣстнаго населенія, и будутъ въ большей или меньшей степени относиться пренебрежительно къ національнымъ особенностямъ. Тутъ, поэтому особенно цѣннымъ и плодотворнымъ явится участіе мѣстнаго народнаго элемента въ отправленіи правосудія, какъ элемента съ одной стороны знакомаго съ мѣстными условіями, языкомъ и обычаями, а съ другой стороны являющагося противовѣсомъ тому чиновничьему элементу, отличіе котораго отъ нынѣшнихъ земскихъ начальниковъ, быть можетъ будетъ заключаться лишь въ томъ, что на мундиръ министерства внутрен. дѣлъ они надѣнутъ мундиръ министерства юстиціи...

Таковы практическія соображенія, которыя приводятъ насъ къ необходимости введенія народнаго элемента въ составъ мѣстнаго суда. Что же касается вопроса о формѣ этого участія, то при нежелательности сохраненія волостныхъ судовъ и невозможности введенія суда присяжныхъ для всей области юрисдикціи мѣстнаго суда, единственной подходящей къ нашимъ условіямъ формой народнаго участія представляется институтъ шеффеновъ. При этомъ выборы должны быть, конечно, организованы на началахъ всесословности (путемъ учрежденія мелкой земской единицы). Волостные сходы въ усиленномъ составѣ избираютъ, напр., 6—8 представителей, исполняющихъ по два каждые три мѣсяца обязанности шеффеновъ. Шеффены участвуютъ въ рѣшеніи вопросовъ какъ права, такъ и факта. Впрочемъ, въ видѣ корректива нужно предоставить судьѣ право (особенно въ гражданскихъ дѣлахъ), не подчинившись рѣшенію шеффеновъ, перенести дѣло въ высшую инстанцію (коллегію мировыхъ судей или окружный судъ). Наконецъ, можно было бы допустить и аппеляцію на рѣшенія суда шеффеновъ въ коллегію мировыхъ судей. Вѣдь и въ

Германіи допускается аппеляція на рѣшенія шеффенновъ въ Strafkammer, а въ Англіи теперь допускается аппеляціи даже на рѣшенія присяжныхъ засѣдателей.

Въ заключеніе, П. И. Люблинскій указалъ на опасность увлеченія принципами въ разрѣзъ съ требованіями жизни. Проектъ стоитъ на ложномъ пути, и создаваемый имъ фундаментъ для новаго мѣстнаго суда представляется слишкомъ узкимъ и шаткимъ.

По окончаніи рѣчи Люблинскаго засѣданіе за позднимъ временемъ было закрыто, причемъ продолженіе преній назначено было на 21-е ноября.

Протоколъ соединеннаго засѣданія общаго собранія юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ

21 ноября 1909 года.

Въ засѣданіи, открывшемся подъ предсѣдательствомъ *В. Д. Набокова*, продолжалось обсужденіе вопроса *„объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ*. Въ началѣ засѣданія предсѣдатель *В. Д. Набоковъ* огласилъ текстъ отвѣта, посланнаго совѣтомъ юридическаго общества С. А. Муромцеву на его привѣтственную телеграмму: „Петербургское юридическое общество, выслушавъ и встрѣтивъ оживленными рукоплесканіями въ засѣданіи 20-го ноября ваше привѣтствіе, уполномочило совѣтъ общества выразить вамъ глубокую благодарность. Вѣримъ въ наступленіе лучшихъ временъ для русскаго суда, какъ и для всѣхъ сторонъ русской жизни. Вѣримъ въ конечное торжество борцовъ за истинную законность и дѣйствительную справедливость: оно будетъ и вашимъ торжествомъ".

Затѣмъ продолжались пренія по докладамъ І. В. Гессена и М. П. Чубинскаго.

С. К. Гогель находитъ, что сторонники шеффенскаго суда обыкновенно впадаютъ въ серьезную методологическую ошибку, чѣмъ и объясняются въ значительной степени симпатіи ихъ къ этому институту. Дѣло въ томъ, что по традиціи принято называть шеффенскій институтъ „одной изъ формъ" участія народнаго элемента въ судѣ наряду съ судомъ присяжныхъ.

И вотъ однимъ изъ послѣдствій этого, такъ сказать, номинальнаго сосѣдства институтовъ является то, что всѣми признанныя качества суда присяжныхъ, будучи незамѣтно и безсознательно обобщены въ смыслѣ отнесенія ихъ къ „народному элементу“ вообще, выводятся затѣмъ уже дедуктивно и для шеффенскаго института, какъ „одной изъ формъ“ участія этого „народнаго элемента“. Въ этой методологической ошибкѣ, повидимому, и кроется главный источникъ симпатій къ шеффенскому институту, высказанныхъ между прочимъ, и предшествующими ораторами. Вообще, слѣдуетъ замѣтить, что въ области юридическихъ и соціальныхъ наукъ оперировать съ помощью дедуктивнаго метода можно лишь съ чрезвычайной осторожностью: въ своемъ „курсѣ уголовной политики“ оппонентъ уже имѣлъ случай развить и обосновать ту мысль, что въ указанной области дедуктивнымъ методомъ можно пользоваться лишь для провѣрки положеній, добытыхъ при помощи индуктивнаго и вообще позитивнаго метода, но отнюдь не для созданія новыхъ самостоятельныхъ положеній.

Въ настоящемъ случаѣ ораторы, выступавшіе здѣсь защитниками „участія народнаго элемента въ судѣ“ въ формѣ шеффеновъ, защищали въ сущности не столько этотъ конкретно-опредѣленный институтъ, сколько отвлеченный призракъ, идею, абстрагированную ими отъ другого института—института присяжныхъ—и по недоразумѣнію вложенную ими въ институтъ шеффеновъ. При такой отвлеченной, совершенно оторванной отъ дѣйствительности, постановкѣ вопроса о судѣ шеффеновъ, неудивительно, что защитники этого института разсматривали и оцѣнивали его подъ тѣмъ же угломъ зрѣнія, какъ и институтъ присяжныхъ. Между тѣмъ въ дѣйствительности эти двѣ „формы“ участія народнаго элемента въ судѣ не имѣютъ между собой ничего общаго какъ по природѣ, такъ и по организаціи этихъ институтовъ, и въ то время, какъ судъ присяжныхъ является учрежденіемъ, лучше котораго человѣчеству, вѣроятно, никогда не удастся ничего создать, институтъ шеффеновъ представляется учрежденіемъ весьма сомнительнымъ, вполнѣ напоминающимъ нашъ институтъ сословныхъ представителей со всѣми его недостатками.

Основнымъ, рѣшающимъ критеріемъ для оцѣнки учрежденія является вопросъ о томъ, могутъ ли въ немъ съ успѣхомъ участвовать обыкновенные, средніе люди; ибо какъ бы учре-

жденіе само по себѣ ни было образцовымъ въ идеѣ, но если оно не разсчитано на среднихъ дѣятелей, если участіе въ этомъ учрежденіи обыкновенныхъ людей не обезпечиваетъ его успѣшнаго функціонированія,—такое учрежденіе на практикѣ окажется несостоятельнымъ. Съ этой точки зрѣнія, сравнивая оба института (институтъ шеффеновъ и—присяжныхъ), мы увидимъ, что ихъ раздѣляетъ цѣлая пропасть. Въ самомъ дѣлѣ, что составляетъ основную и существеннѣйшую черту, такъ сказать, essentiale суда присяжныхъ? Здѣсь указывалось защитниками шеффеновъ на непосредственность, близость и т. п., какъ на отличительныя качества суда съ участіемъ народнаго элемента вообще; однако, при этомъ какъ будто забыли о самомъ важномъ и цѣнномъ качествѣ всякаго суда—о *независимости*, притомъ—независимости въ двоякомъ значеніи этого термина, т. е. не только—независимости отъ какого бы то ни было начальства (независимость, такъ сказать, административнаго характера), но и прежде всего—отъ самихъ сторонъ, что имѣетъ первенствующее значеніе для истиннаго правосудія. Въ какой же мѣрѣ удовлетворяютъ этой важнѣйшей гарантіи правосудія оба разсматриваемые института?

Судъ присяжныхъ комплектуется изъ громадной массы лицъ такимъ образомъ, что избранные (притомъ—на короткое время) по жребію 12 человѣкъ являются въ полномъ смыслѣ слова *безымянными* участниками правосудія, причемъ роль и участіе каждаго изъ нихъ въ созданіи приговора остается тайной, гарантируемой закономъ и долгомъ службы; сессія кончилась, неизвѣстные „безымянные" представители народа „разсыпались"—никакихъ слѣдовъ, „взятки—гладки"... При такихъ условіяхъ комплектованія присяжныхъ неудивительно, что въ этомъ институтѣ принципъ независимости суда осуществляется въ степени почти идеальной, т. е.—въ такой, какъ это лишь мыслимо вообще.

Каковы же способы комплектованія шеффеновъ? Здѣсь предлагалось (Н. И. Люблинскимъ) избирать ежегодно отъ каждой волости по 6—8 представителей, которые поочередно въ числѣ двухъ человѣкъ и должны исполнять въ теченіе нѣсколькихъ мѣсяцевъ обязанности шеффеновъ. Но гдѣ же тутъ независимость отъ сторонъ, гдѣ коллегія и тайна совѣщанія? Вѣдь эти два лица—у всѣхъ на виду, ихъ всѣ знаютъ, и у нихъ личныя отношенія со сторонами или соприкасаю-

щимися съ ними лицами. Очевидно, что рекомендовать институтъ шеффеновъ, какъ одну изъ „формъ народнаго участія“ въ судѣ въ виду неосуществимости института присяжныхъ можно лишь по недоразумѣнію. Защищая шеффеновъ, въ дѣйствительности защищаютъ не народное участіе въ судѣ, а какой-то отвлеченный призракъ. Такъ, тутъ говорилось, что, являясь представителями „крестьянскихъ“ и вообще „народныхъ интересовъ, шеффены „улучшатъ“, даже „спасутъ“ судъ, заставивъ послѣдній „прислушиваться къ голосу жизни“, причемъ одинъ изъ защитниковъ шеффенскаго института, М. П. Чубинскій, не далъ намъ никакого конкретнаго плана организаціи института, а другой—П. И. Люблинскій—указалъ изложенную выше схему такой организаціи. Но какъ бы ни организовать избраніе шеффеновъ, условія ихъ дѣятельности на практикѣ таковы, что ими совершенно не оправдываются надежды, возлагаемыя на шеффеновъ защитниками этого института; эти надежды суть лишь результатъ идеализаціи шеффеновъ, какъ „одной изъ формъ“ народнаго участія въ судѣ,—идеализаціи, принимающей, какъ уже замѣчено выше, фикцію, призракъ за дѣйствительность. Въ дѣйствительности же введеніе института шеффеновъ у насъ можетъ имѣть лишь отрицательное значеніе, и притомъ—въ двоякомъ отношеніи. Прежде всего, „совмѣстная“ дѣятельность шеффеновъ съ мировымъ судьей, участіе ихъ въ „коллегіальномъ“ разрѣшеніи дѣлъ будутъ чисто—фиктивными. Вѣдь, напр., и въ Германіи, гдѣ давно уже дѣйствуетъ институтъ шеффеновъ, послѣдніе не даромъ стяжали себѣ кличку „Ja-sager'овъ“ и Beischläfer'овъ“, а что эта характеристика соотвѣтствуетъ дѣйствительности,—подтверждается неоднократными признаніями со стороны самихъ Amtsrichter'овъ, что шеффены „лишь въ иныхъ случаяхъ“ допускаются ими къ подлинному, самостоятельному участію въ рѣшеніи дѣла. И если такое явленіе мы видимъ въ Германіи съ ея строемъ законности, то чего же въ этомъ отношеніи можно ожидать у насъ, гдѣ въ судѣ съ сословными представителями возможны, напр., такіе факты, что когда волостной старшина сидитъ, а предводитель дворянства стоитъ, то предсѣдатель приказываетъ волостному старшинѣ „встать“. Нетрудно видѣть, что при нашихъ условіяхъ „участіе“ шеффеновъ въ судѣ сведется къ простой фикціи.

Между тѣмъ, съ другой стороны эта „коллегіальность“

(хоть и фиктивная) будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ уменьшеніе отвѣтственности судьи. При единоличномъ судьѣ вся отвѣтственность (юридическая и нравственная) падаетъ на него одного, участіе же шеффеновъ, какъ бы оно ни было призрачно, дастъ судьѣ возможность сваливать отвѣтственность на „коллегію“ и прятаться въ моральномъ смыслѣ за спину шеффеновъ. А вѣдь сознаніе отвѣтственности имѣетъ громадное значеніе, какъ стимулъ добросовѣстнаго и правильнаго отправленія правосудія.

Что же касается защиты шеффенскаго института въ другихъ странахъ, то она исходитъ почти исключительно отъ противниковъ суда присяжныхъ, которые подъ флагомъ замѣны суда присяжныхъ другой формой „народнаго“ участія въ судѣ, въ дѣйствительности борются съ ненавистнымъ имъ институтомъ присяжныхъ. Въ частности, относительно Германіи нужно еще принять во вниманіе, что тамъ компетенція суда шеффеновъ распространяется на преступныя дѣянія, караемыя даже каторгой до 5 лѣтъ. При такой значительной компетенціи суда шеффеновъ, защита послѣдняго естественно находитъ себѣ нѣкоторую поддержку и въ опасеніяхъ довѣрить рѣшеніе столь серьезныхъ дѣлъ единоличному судьѣ.

Суду шеффеновъ, далѣе, приписывалась здѣсь М. П. Чубинскимъ еще особая миссія, именно по его мнѣнію судъ шеффеновъ призванъ исправить недостатки и заполнить пробѣлы дѣйствующаго нашего матеріальнаго права. Но если въ области гражданскаго права объ этомъ еще могла бы быть рѣчь въ смыслѣ примѣненія обычнаго права, то спрашивается, мыслимо ли такое „исправленіе“ въ области уголовнаго права при отсутствіи особаго кодекса? Такъ, напр., норвежскій кодексъ 1902 г. установилъ особыя нормы для мелкаго похищенія, выдѣливъ его изъ кражи и обложивъ незначительными наказаніями. Но спрашивается, какимъ образомъ у насъ, при отсутствіи подобныхъ нормъ, возможно „исправленіе“ нашихъ законовъ о похищеніи при помощи суда шеффеновъ?

Впрочемъ, и въ области гражданскаго права сказанное „исправленіе“ недостатковъ матеріальнаго законодательства при помощи обычнаго права представляется призрачнымъ, ибо само, такъ называемое „обычное право“ есть нѣчто довольно призрачное, неуловимое. Въ этомъ убѣждаютъ насъ, между прочимъ, существующіе волостные суды и отношеніе къ нимъ

крестьянъ. Если бы волостными судами дѣйствительно примѣнялось обычное крестьянское право, то они естественно должны были бы пользоваться сочувствіемъ широкихъ круговъ крестьянства. Между тѣмъ, за волостной судъ стоятъ лишь кулаки-міроѣды изъ крестьянъ, крестьянство же — рѣшительно противъ сохраненія волостныхъ судовъ. Когда же крестьянъ спрашиваютъ о томъ, желаютъ ли они, чтобъ ихъ судили „по обычаю", то обыкновенно въ отвѣтъ раздается лишь хохотъ. Очевидно, во всякомъ случаѣ, что „обычное право" есть нѣчто весьма неопредѣленное, неуловимое, такъ сказать, „спиритическое" явленіе, нуждающееся еще въ „матеріализаціи". Если же смотрѣть на судъ шеффеновъ именно съ точки зрѣнія такой „матеріализаціи" обычнаго права, то и въ этомъ отношеніи можно указать на то, что такой путь отнюдь не является единственнымъ и необходимымъ: и единоличный судья могъ бы содѣйствовать констатированію и уясненію обычнаго права (насколько оно дѣйствительно существуетъ) путемъ періодическихъ объѣздовъ подвѣдомственныхъ волостей.

Итакъ, если судъ шеффеновъ долженъ быть признанъ негоднымъ и рѣшительно отвергнутъ при реформѣ мѣстнаго суда, то что же остается? очевидно — единоличный судья.

Но, говорятъ намъ, единоличный судъ будетъ изобиловать цѣлымъ рядомъ дефектовъ и, прежде всего, будетъ проникнутъ сословнымъ характеромъ, сословнымъ духомъ. Но, во-первыхъ, противъ этого можно и должно принять извѣстныя мѣры. А съ другой стороны, спросимъ себя, кто были мировыми судьями послѣ реформы 1864 года? развѣ не помѣщики — дворяне? И если въ то время, непосредственно послѣ уничтоженія крѣпостного права, такой составъ мировыхъ судей не помѣшалъ имъ оправдать, вѣрнѣе, заслужить къ себѣ довѣріе населенія, то почему же теперь обстоятельство это (если бы даже оно и не было устранено) должно внушать намъ особыя опасенія? Но допустимъ, что опасенія эти основательны: можно ли, однако, отсюда придти къ выводу въ пользу введенія суда шеффеновъ?—отнюдь нѣтъ; ибо судъ шеффеновъ, какъ мы видѣли, неизбѣжно будетъ страдать другимъ, гораздо болѣе серьезнымъ и глубокимъ недостаткомъ: онъ будетъ лишенъ главнаго необходимаго качества всякаго суда — независимости.

Я. Г. Фрумкинъ указалъ на то, что въ предшествовав-

шихъ преніяхъ ораторы неправильно разрѣшали вопросъ объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ единообразно для гражданскаго суда и уголовнаго. Между тѣмъ, въ виду коренного различія функцій гражданскаго и уголовнаго судьи, вопросъ объ участіи народнаго элемента долженъ быть разрѣшаемъ раздѣльно для суда уголовнаго и гражданскаго. Важнѣйшая сторона функцій судьи гражданскаго заключается въ субсумированіи житейскихъ отношеній подъ юридическую норму, установленіе фактовъ играетъ второстепенную роль въ особенности въ виду того, что и оцѣнка доказательствъ въ значительной мѣрѣ предопредѣлена закономъ. Поэтому вопросъ объ участіи народнаго элемента въ гражданскомъ судѣ, въ сущности говоря, сводится къ вопросу о томъ, необходимо ли господство законности въ гражданскомъ правосудіи или нѣтъ. Сторонники участія народнаго элемента, сами того, можетъ быть, не замѣчая, и разсчитываютъ на то, что, благодаря этому участію, принципъ законности не будетъ строго примѣняться въ гражданскомъ судѣ. Они говорятъ о томъ, что участіе народнаго элемента смягчитъ примѣненіе писаннаго права, но смягчать примѣненіе закона значитъ не примѣнять его. Если отъ народныхъ представителей въ гражданскомъ судѣ ждать неуклоннаго проведенія закона, они излишни, такъ какъ функцію подведенія житейскихъ отношеній подъ юридическую норму лучше несомнѣнно выполнитъ профессіонально образованный судья.

Но нѣтъ сомнѣнія, что народные представители будутъ стремиться рѣшать дѣла не по закону, а по своему усмотрѣнію, и участіе ихъ приведетъ къ господству въ гражданскомъ судѣ не объективныхъ нормъ закона, а субъективнаго усмотрѣнія, что не можетъ не быть признано великимъ бѣдствіемъ.

Другое дѣло участіе народнаго элемента въ судѣ уголовномъ, гдѣ свободная оцѣнка доказательствъ и устаповленіе фактовъ играетъ первенствующую роль. Но та форма участія народнаго элемента, которая предлагалась его сторонниками въ предшествовавшихъ преніяхъ, — судъ шеффеновъ — страдаетъ столь серьезными недостатками, что врядъ ли судъ шеффеновъ заслуживаетъ предпочтенія передъ судомъ единоличнымъ. Не отрицая его недостатковъ, сторонники суда шеффеновъ признаютъ безусловно болѣе совершенной формой суда судъ присяжныхъ. Они лишь считаютъ эту послѣднюю форму непри-

мѣнимой къ суду мѣстному. Врядъ ли однако это такъ. Возможно организовать участіе присяжныхъ засѣдателей въ мѣстномъ судѣ такимъ образомъ, чтобы мѣстный судъ не сталъ бы благодаря этому громоздкимъ. Основные принципы такой организаціи были бы слѣдующіе. Присяжные засѣдатели въ числѣ 6 или даже 4 человѣкъ рѣшаютъ вопросъ о виновности, мировой судья руководитъ процессомъ, разрѣшаетъ вопросы права и опредѣляетъ наказаніе. Ему же должно быть предоставлено право, принадлежащее въ настоящее время коронной коллегіи при единогласіи ея—передавать, если, по ея мнѣнію, осужденъ невинный, дѣло на разсмотрѣніе другого состава присяжныхъ засѣдателей (818 ст. уст. угол. суд.).

Въ такой организаціи судъ могъ бы быть примѣненъ ко всѣмъ дѣламъ, грозящимъ тюремнымъ заключеніемъ. При сравнительной немногочисленности этихъ дѣлъ замедленіе въ разбирательствѣ дѣлъ, сопряженное съ этой болѣе сложной формой суда, было бы незначительно. Остальныя дѣла могли бы быть разсматриваемы мировымъ судьей единолично. При такой организаціи мѣстнаго суда исчезнетъ необходимость въ допущеніи апелляціи по уголовнымъ дѣламъ, являющейся, несомнѣнно, большимъ зломъ. И этимъ во всякомъ случаѣ возмѣстится нѣсколько большая, можетъ быть, сложность этого суда по сравненію съ судомъ шеффеновъ.

Что касается, наконецъ, вопроса о составѣ будущихъ мѣстныхъ судей, то въ этомъ отношеніи нельзя не согласиться съ высказанными П. И. Люблинскимъ опасеніями относительно возможности проявленій сословно-классовыхъ тенденцій въ дѣятельности судей, зависимыхъ отъ чисто-сословныхъ избирательныхъ коллегій, какъ теперешнія земскія собранія. Въ этой возможности дѣйствительно кроется глубокая опасность, угрожающая обезцѣненіемъ всей предпринимаемой реформы мѣстнаго суда. Вопросъ, во всякомъ случаѣ, настолько серьезенъ, что, имѣя въ виду условія избранія мѣстныхъ судей, предполагаемыя проектомъ, приходится задаться вопросомъ о томъ, не слѣдовало ли бы предпочесть такимъ выборнымъ судьямъ судей назначенныхъ правительствомъ?

В. Н. Новиковъ съ сожалѣніемъ отмѣчаетъ тотъ фактъ, что вопросъ объ участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ—вопросъ по существу чисто практическій, до сихъ поръ остается у насъ въ стадіи теоретическихъ споровъ и разсу-

жденій. Когда нѣмцы въ 1876 г. рѣшали вопросъ о шеффенахъ, то по иниціативѣ оберъ-прокурора Шварце предприняты были анкеты и опросы свѣдущихъ лицъ; такъ, напр., были опрошены 36 высшихъ судей, 16 низшихъ, 10 адвокатовъ, 14 лицъ прокурорскаго надзора и т. д. У насъ же въ этомъ отношеніи ничего не предпринимается, и это обстоятельство, безъ сомнѣнія, въ значительной степени лишаетъ насъ матеріала, столь важнаго и необходимаго для правильнаго рѣшенія такого практическаго вопроса.

Съ принципіальной же точки зрѣнія нельзя не признать споръ противъ участія народнаго элемента въ судѣ и неубѣдительнымъ, и безцѣльнымъ. Оппонентъ вспоминаетъ по этому поводу мнѣніе, высказанное такимъ глубокимъ юристомъ, какъ Л. Я. Пассоверъ, и состоящее въ указаніи на то, что участіе народнаго элемента въ судѣ есть въ сущности лишь одна изъ необходимыхъ стадій общей эволюціи государственно-правовой жизни— эволюціи, заключающейся въ постепенномъ переходѣ различныхъ функцій государства въ руки самого народа. Въ самомъ дѣлѣ, народное представительство, въ лицѣ „законодательныхъ палатъ" уже давно осуществляетъ законодательную функцію государства. Далѣе, и въ сферѣ управленія участіе народнаго элемента получаетъ все большее значеніе (развитіе самоуправленія и земскихъ учрежденій). Очевидно, что поскольку, вообще говоря, признается цѣлесообразность и неизбѣжность постепеннаго расширенія участія народа черезъ своихъ представителей въ осуществленіи функцій государственной власти, не представляется достаточныхъ основаній къ изъятію изъ этого общаго хода развитія государственной жизни одной изъ функцій послѣдней—функціи судебной. Будучи послѣдовательнымъ, необходимо, такимъ образомъ, признать, что и судебная функція должна раньше или позже подчиниться указанной общей тенденціи, что и она, слѣдовательно, не можетъ остаться безъ воздѣйствія народнаго элемента. Весь вопросъ сводится лишь къ тому, въ какой формѣ долженъ быть введенъ у насъ этотъ элементъ: въ формѣ суда присяжныхъ или же суда шеффеновъ? Но судъ присяжныхъ, даже въ той формѣ, въ какой предлагаетъ его Я. В. Фрумкинъ, все же практически не осуществимъ въ области мѣстнаго суда. Самъ Я. Г. Фрумкинъ рекомендуетъ его лишь для уголовныхъ дѣлъ, влекущихъ за собой тюремное заключеніе, сохраняя такимъ образомъ для

всей остальной массы менѣе важныхъ дѣлъ единоличнаго судью. Но и для этой ограниченной области дѣлъ судъ присяжныхъ нельзя не признать слишкомъ громоздкой и практически мало подходящей формой суда. Нельзя согласиться съ Я. Г. Фрумкинымъ и въ той принципіально различной оцѣнкѣ, какую онъ даетъ съ одной стороны участію народнаго элемента въ судѣ гражданскомъ, а съ другой — въ судѣ уголовномъ. Въ самомъ дѣлѣ, задача суда сводится къ рѣшенію вопросовъ трояkаго рода: 1) вопросовъ факта, 2) вопросовъ права матеріальнаго и 3) вопросовъ права формальнаго, или вопросовъ процессуальныхъ. Очевидно, что въ дѣлѣ установленія фактовъ народный элементъ безспорно лучше и надежнѣе профессіональнаго судьи. Но Я. Г. Фрумкинъ не правъ, полагая, что вторая задача, субсуммированіе житейскихъ отношеній подъ юридическія нормы не можетъ быть успѣшно выполнена народнымъ элементомъ. Дѣло въ томъ, что это „субсуммированіе“ отнюдь нельзя представлять себѣ какъ чисто формальный процессъ, какъ силлогизмъ. Такъ представляли себѣ прежде задачу суда, но въ настоящее время появилось новое направленіе (см. напр. Albert Fuchs „Gemeingefährlichkeit der constructiven Jurisprudenz“), которое предъявляетъ къ субсуммированію не формальныя лишь, а жизненныя требованія, иначе говоря субсуммированіе должно быть не простымъ выводомъ изъ большой и малой посылокъ, а должно осуществляться такъ, чтобы удовлетворять слѣдующимъ требованіямъ, а именно: оно должно соотвѣтствовать народному правосознанію, не находясь въ то же время въ противорѣчіи съ закономъ. При такомъ взглядѣ на задачу субсуммированія, очевидно, что и эта функція во многихъ случаяхъ можетъ быть лучше всего выполнена народнымъ элементомъ. Остается, слѣдовательно, лишь одна область вопросовъ въ судѣ гражданскомъ, для рѣшенія которыхъ народный элементъ долженъ быть признанъ дѣйствительно малопригоднымъ: это область вопросовъ формальнаго права. Такимъ образомъ, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, вопреки Я. Г. Фрумкину, что и въ области гражданскихъ дѣлъ участіе народнаго элемента въ общемъ представляется желательнымъ и полезнымъ. Но такъ какъ институтъ присяжныхъ, какъ мы видѣли, не примѣнимъ къ суду мѣстному, то остается, очевидно, лишь институтъ шеффеновъ. С. К. Гогель энергично нападалъ на судъ шеффеновъ и указывалъ на крупные его

недостатки. Но онъ при этомъ, очевидно, упустилъ изъ виду практическую постановку обсуждаемаго вопроса. Въ самомъ дѣлѣ, указанные С. К. Гогелемъ дефекты суда шеффеновъ могли бы имѣть рѣшающее значеніе лишь въ томъ случаѣ, если бы рѣчь шла о такой альтернативѣ: судъ шеффеновъ или судъ присяжныхъ? Но вѣдь вопросъ практически стоитъ совершенно иначе, а именно, судъ шеффеновъ или единоличный судья? И потому, когда С. К. Гогель доказываетъ, что шеффены — тѣ же сословные представители, то можно отвѣтить: если это даже и такъ, то судъ съ сословными представителями все же гораздо лучше суда единоличнаго. Убѣдиться же въ этомъ не трудно, если сравнить, напр., палату съ сословными представителями съ той же палатой безъ этихъ представителей. То же слѣдуетъ сказать и объ участіи полковниковъ въ дѣйствующихъ военныхъ судахъ, которое имѣетъ значительно смягчающее вліяніе на военное правосудіе. Еще болѣе убѣдительнымъ и яркимъ доказательствомъ пользы участія сословныхъ представителей въ судѣ можетъ служить судъ коммерческій. Такъ, въ Москвѣ, напр., судьи купцы докладываютъ дѣла, пишутъ рѣшенія и т. п. Особенно же польза участія купцовъ въ коммерческомъ судѣ сказывается, напр., при провѣркѣ торговыхъ книгъ и т. п. Такимъ образомъ, практически С. К. Гогель совсѣмъ не правъ, отвергая для мѣстнаго суда институтъ шеффеновъ въ пользу единоличнаго судьи. Что же касается фиктивности участія шеффеновъ въ рѣшеніи дѣлъ, на которую указываетъ С. К. Гогель, то по этому поводу слѣдуетъ замѣтить, что вообще отношеніе будущихъ мировыхъ судей къ шеффенамъ будетъ зависѣть, конечно, главнымъ образомъ отъ личнаго состава этихъ судей; послѣдній же будетъ находиться въ зависимости прежде всего отъ той широты и свободы, какими будутъ отличаться выборы судей. Но если бы даже въ большинствѣ случаевъ роль шеффеновъ, особенно въ началѣ, и свелась бы фактически къ роли контролеровъ, то и въ такомъ случаѣ участіе ихъ слѣдуетъ все же признать желательнымъ и полезнымъ. Въ дѣйствительности, однако, можно надѣяться, что съ теченіемъ времени шеффены, не довольствуясь этой чисто пассивной ролью, будутъ и активно содѣйствовать улучшенію правосудія, и въ частности, внесутъ свѣжую струю въ матеріальное и даже процессуальное право. Такое благотворное вліяніе шеффеновъ на правосудіе, однако, отнюдь не обуслов-

ливается примѣненіемъ обычнаго права. Вообще, оппонентъ не является сторонникомъ примѣненія обычнаго права, такъ какъ при его полной неустановленности, его примѣненіе внесло бы лишь безправіе и произволъ. Это сознаютъ въ большинствѣ и сами крестьяне, которые фактически весьма мало интересуются своимъ обычнымъ правомъ и часто жалуются на отсутствіе у нихъ твердыхъ, опредѣленныхъ гражданскихъ нормъ. Такъ, напр., въ консультаціяхъ приходится сплошь да рядомъ отъ крестьянъ выслушивать такіе вопросы: „Почему у насъ нѣтъ того, что есть у васъ?“ (т. е. Х. т.).

А. Г. Вороновъ заявляетъ, что онъ принадлежалъ прежде къ противникамъ введенія у насъ института шеффеновъ, но то, что было высказано здѣсь въ защиту этого института и, въ частности, указанія М. П. Чубинскаго и П. И. Люблинскаго на составъ будущихъ судей, наводитъ его на серьезныя сомнѣнія въ справедливости возраженій противъ этого института въ условіяхъ настоящаго момента. Наиболѣе серьезнымъ и убѣдительнымъ доводомъ противъ единоличнаго судьи оппонентъ считаетъ указаніе названныхъ ораторовъ на коренное различіе между мировыми судьями 1864 года и будущими мѣстными судьями. Дѣйствительно, земскія собранія—будущія избирательныя коллегіи для судей—въ настоящее время состоятъ въ большинствѣ изъ дворянъ—землевладѣльцевъ, а въ городахъ избирательныя коллегіи будутъ состоять изъ домовладѣльцевъ и купцовъ (къ нимъ въ Петербургѣ присоединяются еще и квартиронаниматели). При такихъ условіяхъ едва ли можетъ быть рѣчь о независимости судьи по отношенію къ избирающимъ его опредѣленнымъ классамъ. А эта зависимость судьи въ классовомъ отношеніи будетъ имѣть на практикѣ тѣмъ болѣе серьезное отрицательное значеніе, что въ гражданскомъ и уголовномъ правѣ встрѣчается рядъ нормъ, дающихъ широкую возможность односторонняго и пристрастнаго ихъ примѣненія именно въ смыслѣ классовой тенденціи. Сказанное примѣнимо въ особенности къ уголовному уложенію—предполагая, что послѣднее будетъ въ болѣе или менѣе близкомъ будущемъ введено въ дѣйствіе. Именно, въ уголовномъ уложеніи, вообще предоставляющемъ судьѣ большой просторъ, особенно въ опредѣленіи мѣры наказанія, мы находимъ, напр., рядъ статей, имѣющихъ частью воспитательное значеніе, какъ, напр., статьи, касающіяся „неразборчивости въ средствахъ“, частью направленныхъ спе-

ціально противъ проступковъ и злоупотребленій со стороны представителей опредѣленныхъ классовъ, напр., промышленнаго класса.

Въ какомъ же положеніи окажется судья при примѣненіи такихъ нормъ? Оппонентъ не рѣшается предсказывать заранѣе пристрастное отношеніе судей въ этихъ случаяхъ. Но вѣдь сознаніе судьи, что черезъ три года предстоитъ его переизбраніе на ту же должность, являющуюся источникомъ его существованія, при чемъ переизбраніе это находится всецѣло въ зависимости отъ того класса, представителя котораго онъ долженъ подвергнуть денежному штрафу или другому наказанію по закону—развѣ это сознаніе можетъ уживаться съ судейской независимостью и безпристрастнымъ, равнымъ отношеніемъ къ обѣимъ сторонамъ? Такимъ образомъ, мы видимъ, что предполагаемые единичные судьи могутъ оказаться далеко отличными отъ мировыхъ судей 1864 года; и если поэтому противники введенія у насъ института шеффеновъ выставляютъ то соображеніе, что это будетъ „скачокъ въ неизвѣстность“, то имъ можно отвѣтить, что и введеніе института единоличныхъ мѣстныхъ судей по проекту министра юстиціи будетъ во всякомъ случаѣ такимъ же скачкомъ въ неизвѣстность. Разумѣется, можно было бы начать съ другого конца и, не прибѣгая къ коррективу въ видѣ института шеффеновъ, измѣнить составъ коллегій, выбирающихъ судей. Но такъ какъ этого не сдѣлано, да и едва ли въ близкомъ будущемъ будетъ сдѣлано, то остается, очевидно, одинъ выходъ: это — парализовать по возможности отрицательное вліяніе на будущихъ мѣстныхъ судей названныхъ избирательныхъ коллегій путемъ введенія въ судъ новаго фактора—народнаго элемента—въ видѣ шеффеновъ. Но тутъ возникаетъ, однако, наиболѣе существенный вопросъ: насколько шеффены способны въ дѣйствительности улучшить правосудіе и вообще оказывать на него какое-либо вліяніе? По этому поводу нельзя не согласиться съ предшествующимъ оппонентовъ, указавшимъ на то, что даже въ наиболѣе скромной, чисто пассивной роли контролеровъ судьи, шеффены все же являются желательнымъ и полезнымъ элементомъ суда; дѣйствительно, уже одно то, что судья во всякомъ случаѣ вынужденъ будетъ объяснять имъ свои дѣйствія и рѣшенія, имѣетъ безспорно положительное значеніе, заставляя судью болѣе внимательно относиться къ своимъ судейскимъ обязанностямъ.

В. М. Нечаевъ отмѣчаетъ прежде всего недоразумѣніе, допущенное ораторами, ссылавшимися въ пользу введенія у насъ института шеффеновъ на примѣры Запада: дѣло въ томъ, что на Западѣ институтъ шеффеновъ существуетъ при судьѣ назначенномъ, а у насъ предлагаютъ ввести его при судьѣ выборномъ. Различіе это весьма существенно, и игнорировать его невозможно, такъ какъ выборность судьи уже сама по себѣ гарантируетъ въ большей или меньшей степени близость къ населенію. Но, говорятъ намъ, избирательныя коллегіи проникнуты сословнымъ духомъ. Согласимся, что это такъ, допустимъ, что въ министерскомъ проектѣ преобразованія мѣстнаго суда имѣется сословная тенденція, въ смыслѣ подбора личнаго состава будущихъ выборныхъ судей. Но въ такомъ случаѣ чѣмъ же хотятъ парализовать этотъ сословный духъ? Предлагается приставить къ „сословному“ судьѣ какихъ то особыхъ „наблюдателей“ отъ крестьянъ. Но это, очевидно, лишь еще больше подчеркнетъ и усилитъ „сословныя“ различія, проявленія сословнаго духа,—что, конечно, идетъ въ разрѣзъ съ идеей демократизаціи суда. Но этого мало: если разрѣшать вопросъ съ точки зрѣнія интересовъ отдѣльныхъ сословій, то какъ же быть съ сословіемъ торгово-промышленнымъ? Вѣдь въ судѣ, рекомендуемомъ защитниками шеффеновъ, будутъ представлены лишь два сословія: помѣстное и крестьянское; но вѣдь и третій, торгово-промышленный элементъ будетъ судиться въ томъ же судѣ. Очевидно, будучи послѣдовательнымъ, нельзя и торгово-промышленное сословіе лишить права имѣть въ шеффенскомъ судѣ представителя своихъ интересовъ. Но вѣдь тогда мы придемъ, очевидно, къ средне-вѣковой организаціи суда, которая идетъ въ разрѣзъ съ современной идеей демократизаціи суда. Совершенно правъ поэтому докладчикъ І. В. Гессенъ, убѣдительно доказывающій необходимость профессіонально-образованнаго судьи, каковыми шеффены, конечно, явиться не могутъ, при чемъ отъ профессіональной образованности и профессіональной подготовки судьи, какъ справедливо указалъ І. В. Гессенъ, необходимо отдѣлять профессіональные его недостатки, подлежащіе устраненію тѣми или иными способами. Эти отрицательныя стороны профессіональнаго судьи будутъ устранены тогда, когда удастся создать судью, не только обладающаго знаніемъ закона, но и умѣющаго сочетать съ этимъ знаніемъ общія правовыя начала, иными словами, умѣющаго находить

примиряющую тенденцію самаго законодателя. Вотъ такой судья можетъ быть признанъ продолжателемъ того дѣла, которое составляетъ задачу законодателя; ибо такой судья одинаково знаетъ какъ законъ, такъ и законодательную политику. Очевидно, что шеффенамъ равно чужды не только знаніе закона, но и правно-политическія стремленія законодателя. И І. В. Гессенъ поэтому совершенно правъ, отвергая судъ шеффеновъ, какъ менѣе всего удовлетворяющій этимъ основнымъ требованіямъ всякаго суда.

Однако, оппонентъ не согласенъ, далѣе, съ положеніемъ І. В. Гессена о томъ, что необходимо сперва создать хорошее матеріальное право, а потомъ преобразовать судъ. Исторически мы наблюдаемъ какъ разъ обратное: новое вино никогда не вливается въ старые мѣха, и на Западѣ именно реформа суда почти всегда предшествовала реформѣ матеріальнаго права. По мнѣнію І. В. Гессена, самое стремленіе къ введенію у насъ института шеффеновъ объясняется тѣмъ, что въ глазахъ защитниковъ этого института, введеніе народнаго элемента въ судъ при настоящихъ условіяхъ является суррогатомъ необходимой реформы матеріальнаго права. Это есть, слѣдовательно, средство исправить „гнилые законы". Но тутъ, однако, заключается существенное недоразумѣніе. Вѣдь нельзя упускать изъ виду, что благодаря предполагаемой реформѣ мѣстнаго суда, для огромнаго большинства населенія (крестьянъ) уровень матеріальнаго права сразу значительно повысится. Ибо, какъ ни велики недостатки X тома, они все же не могутъ итти въ сравненіе съ коренными недостатками и отсталостью обычнаго права, насколько послѣднее дѣйствительно живетъ въ правосознаніи крестьянъ. Вѣдь на почвѣ примѣненія X тома все-таки выросла цѣлая судебная практика, создавшая извѣстный болѣе или менѣе стройный правопорядокъ. І. В. Гессенъ говорилъ о колебаніяхъ сената, о неправосудности многихъ рѣшеній, ссылаясь въ видѣ иллюстраціи на рѣшенія по желѣзнодорожнымъ дѣламъ. Но вѣдь есть, несомнѣнно, и жизненные институты, созданные нашей сенатской практикой. Во всякомъ же случаѣ, общій уровень X тома и выросшей на немъ судебной практики, конечно, несравненно выше такъ называемаго обычнаго права крестьянъ, о достоинствахъ котораго обыкновенно выставляются его защитниками лишь голословныя утвержденія, не подкрѣпленныя никакими фактическими дан-

пыми. Такъ, М. П. Чубинскій сравнивалъ обычное право съ народными сказками, пѣснями и тому подобными продуктами народнаго творчества, при чемъ эта аналогія представляется ему доказательствомъ положительныхъ сторонъ обычнаго права, въ которомъ онъ также видитъ воплощеніе народнаго вдохновенія и творчества, — народной „интуиціи“ въ правовой области. Но такими общими формулами и аргументами, очевидно, нельзя убѣдительно доказать ни самаго факта существованія обычнаго права, ни его положительнаго культурнаго значенія. Въ дѣйствительности большинство институтовъ, относящихся къ гражданскому праву, по существу регулируется и въ обычномъ крестьянскомъ правѣ по тѣмъ же основнымъ нормамъ, какъ и въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ, и лишь немногія положенія, какъ указываетъ проф. Пахманъ, отступаютъ отъ этихъ нормъ. Такъ, напр., въ институтѣ брака дѣйствуютъ въ области обычнаго права, въ сущности, тѣ же нормы и принципы, какіе мы видимъ въ гражданскомъ нашемъ законодательствѣ. Что же касается другихъ гражданскихъ отношеній, то тутъ, какъ указываетъ проф. Пахманъ, отличительную черту обычнаго права составляютъ главнымъ образомъ слѣдующія два самостоятельныхъ положенія: 1) принципъ „глядя по человѣку“ и 2) „грѣхъ пополамъ“ (въ области возмѣщенія убытковъ). Правила эти, очевидно, не столько разрѣшаютъ правовую проблему, сколько, такъ сказать, разрубаютъ правовой узелъ. Далѣе, въ области договорныхъ отношеній (напр., купли-продажи) отличіе обычнаго права отъ обще-гражданскаго состоитъ собственно не въ самомъ характерѣ сдѣлокъ, а преимущественно лишь въ томъ особомъ значеніи, какое придается обычнымъ правомъ характерной обстановкѣ сдѣлокъ, разнымъ символическимъ моментамъ ихъ совершенія и т. п.—въ смыслѣ опредѣленія времени совершенія сдѣлокъ и т. п. (напр., „Литки“ и т. п.). Этотъ особый колоритъ сдѣлокъ не измѣняетъ однако ихъ основного характера. Лишь въ договорахъ личнаго найма (между „батраками“ и помѣщиками) мы встрѣчаемъ дѣйствительно уже различія по существу съ обще-гражданскимъ институтомъ личнаго найма. Но, спрашивается, что же тутъ могутъ дѣлать шеффены? вѣдь тутъ какъ разъ менѣе всего можетъ быть рѣчь о желательности сохраненія нормъ обычнаго права, являющихся безспорно отсталыми? Такой же отсталостью и

косностью характеризуются несомнѣнно и нѣкоторые другіе институты обычнаго права (напр., отеческая власть и т. п.).

Во всякомъ случаѣ, полагаться при рѣшеніи столь важныхъ правовыхъ вопросовъ на „правосознаніе" народа, на его „правовое творчество", „интуицію", какъ это предлагалось здѣсь, представляется совершенно недопустимымъ, ибо такая точка зрѣнія на обычное право есть историко-литературная, но не правно-политическая и соціальная точка зрѣнія. Можно изучать народное правовое творчество, какъ и другія формы народнаго творчества, но когда дѣло идетъ о регулированіи тѣхъ или иныхъ гражданскихъ правъ, когда на очередь ставится законодательная проблема, то законодатель не можетъ и не долженъ отказываться отъ своей роли, въ разсчетѣ на народное правосознаніе и народное творчество. Вообще, народнаго правосознанія, какъ цѣлаго, не существуетъ. Въ дѣйствительности существуютъ въ различныхъ областяхъ житейскихъ отношеній борьба и столкновеніе различныхъ интересовъ, которыми и опредѣляется характеръ отдѣльныхъ институтовъ обычнаго права. Задачею государства и является установить и создать въ этой области борющихся и сталкивающихся интересовъ извѣстное равновѣсіе, подчинить ее идеѣ справедливости. Эту задачу и долженъ осуществлять законодатель, а также и судья въ качествѣ исполнителя и истолкователя его предначертаній. Къ созданію такого судьи и нужно стремиться, и тогда вопросъ о введеніи института шеффеновъ упразднится самъ собою. Между прочимъ, здѣсь указывалось однимъ изъ оппонентовъ на несостоятельность конструктивной системы юриспруденціи и на возникновеніе новаго направленія въ литературѣ, отвергающаго принципы этой системы, въ частности принципъ строгой подчиненности судьи, причемъ судья, согласно этому новому направленію, долженъ быть признанъ не слугой, а помощникомъ законодателя. По мнѣнію этого оппонента (В. Н. Новикова) судья долженъ „прислушиваться къ сдѣлкамъ", какъ онѣ совершаются въ дѣйствительной жизни и вносить принципы этихъ жизненныхъ сдѣлокъ въ свои рѣшенія. Съ этимъ совершенно нельзя согласиться. Не говоря уже о неизбѣжныхъ въ такихъ случаяхъ коллизіяхъ судьи съ законодателемъ, и по существу нельзя считать правильнымъ такое подчиненіе судьи сложившимся конкретнымъ типамъ житейскихъ отношеній. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь оче-

видно, что сдѣлки эти очень часто диктуются односторонними интересами одной какой-либо соціальной группы, которымъ приносятся въ жертву интересы болѣе слабой группы; иными словами, основнымъ моментомъ, опредѣляющимъ типы такихъ сдѣлокъ, весьма часто является моментъ эксплоатаціонный. Для примѣра достаточно указать, хотя бы на обычный типъ контрактовъ квартиронанимателей съ домовладѣльцами. Очевидно, что „прислушиваясь“ къ такимъ сдѣлкамъ и сообразуя съ ними свои рѣшенія, судья очень часто будетъ лишь санкціонировать моментъ эксплоатаціи и подавленіе интересовъ болѣе слабой стороны интересами болѣе сильной. Вышеизложенное приводитъ насъ къ тому заключенію, что введеніе шеффеновъ въ мѣстный судъ является излишнимъ.

Въ заключеніе В. М. Нечаевъ, резюмируя требованія, которымъ, по его мнѣнію, должны удовлетворять будущіе судьи, формулируетъ ихъ въ слѣдующихъ двухъ положеніяхъ: 1) судья долженъ обладать профессіональнымъ образованіемъ и профессіональной подготовкой и 2) онъ долженъ былъ воспитанъ такъ, чтобы въ согласіи съ общей тенденціей законодателя расширять и толковать законы.

М. М. Могилянскій, присоединяясь къ положеніямъ докладчика І. В. Гессена, между прочимъ, указываетъ на то, что едва ли можно проводить столь рѣзкую демаркаціонную линію, какъ это сдѣлали нѣкоторые изъ говорившихъ ранѣе, между земскими учрежденіями 1864 г. и нынѣшними. Лишь въ теченіе нѣкотораго времени послѣ 1905 г., подъ вліяніемъ „сильнаго испуга“, дѣйствительно кореннымъ образомъ измѣнился характеръ земствъ. Тѣмъ не менѣе, нужно признать, что при современныхъ условіяхъ избраніе мѣстныхъ судей земскими коллегіями отнюдь не обезпечитъ довѣрія къ нимъ населенія. Однако, если сторонники введенія у насъ шеффенскаго института думаютъ, что шеффены „спасутъ“ мѣстный судъ, возстановятъ къ нему довѣріе населенія и т. п., то нельзя не спросить, на чемъ собственно основаны ихъ надежды на шеффеновъ и почему они полагаютъ, что шеффены должны въ большей мѣрѣ пріобрѣсти довѣріе населенія, чѣмъ выборный судья? вѣдь при современныхъ условіяхъ и шеффены, несомнѣнно, могутъ оказаться лишь ставленниками опредѣленныхъ классовъ и сословій: во всякомъ случаѣ сторонники шеффеновъ не приводятъ никакихъ данныхъ, оправдывающихъ

ихъ оптимистическій взглядъ на шеффеновъ и вѣру въ то, что условія избранія шеффеновъ будутъ иными, чѣмъ — при выборахъ судей, и что, въ отличіе отъ послѣднихъ, условія эти обезпечатъ шеффенамъ довѣріе населенія.

При такомъ положеніи дѣла можно было бы въ сущности придти къ тому выводу, что назначенный правительствомъ судья, быть можетъ, заслуживалъ бы предпочтенія передъ судьей выборнымъ. Между прочимъ, одинъ изъ оппонентовъ, характеризуя будущихъ назначенныхъ судей, сказалъ, что это будутъ въ большинствѣ „люди, надѣвшіе мундиръ министерства юстиціи на мундиръ министерства внутреннихъ дѣлъ". Едва ли это ужъ будетъ такъ. Однако, приходится признать, что положеніе о предпочтительности назначенныхъ судей, будучи теоретически правильно, на практикѣ, въ политическихъ условіяхъ настоящаго момента, оказывается также непріемлемымъ. Остается, слѣдовательно, лишь одинъ исходъ: необходимо направить все вниманіе на скорѣйшую организацію безсословнаго земства.

Членъ русской группы международнаго союза криминалистовъ *Л. А. Хоментовскій*, вполнѣ раздѣляя положенія доклада М. П. Чубинскаго, дополняетъ его указаніемъ на особую важность института шеффеновъ для русскихъ окраинъ, и въ частности для Кавказа. Въ этой послѣдней окраинѣ суду приходится имѣть дѣло съ частыми коллизіями интересовъ различныхъ національностей—грузинъ, татаръ, армянъ,—преимущественно — на почвѣ экономической, въ особенности — въ области сельскаго хозяйства. Такъ, напр., „водное право", играющее на Кавказѣ громадную роль и состоящее въ установленіи очереди пользованія канавкой — источникомъ жизни нашихъ виноградниковъ — можетъ порождать серьезные конфликты между упомянутыми національностями въ зависимости отъ религіозныхъ и иныхъ различій.

Въ состояніи ли русскій человѣкъ, какъ будущій мѣстный судья, не зная ни языка, ни религіозныхъ и иныхъ обычаевъ этихъ народностей, разобраться въ этихъ коллизіяхъ, понять ихъ психологію и справедливо разрѣшать ихъ споры? очевидно—нѣтъ; и отсюда вытекаетъ поэтому необходимость, во-первыхъ, участія этихъ національностей въ судѣ присяжныхъ путемъ введенія въ него равнаго числа представителей отъ каждой національности, во-вторыхъ, необходимость введенія въ

мѣстный судъ по одному шеффену отъ каждой изъ этихъ національностей. Этимъ будетъ одновременно устранено и другое крупное зло, существующее въ судебномъ процессѣ на Кавказѣ—переводчикъ, являющійся средостѣніемъ между судьею и участвующими въ дѣлѣ лицами, — средостѣніемъ, приводящимъ часто къ крайнему искаженію дѣйствительно происходящаго на судѣ.

А. А. Жижиленко, оговорившись, что имѣетъ въ виду лишь судъ уголовный, указываетъ на неправильную постановку, допущенную нѣкоторыми изъ предыдущихъ ораторовъ въ вопросѣ о значеніи института шеффеновъ. Необходимо прежде всего уяснить себѣ, что въ данномъ вопросѣ рѣшающимъ моментомъ являются не какіе-либо принципіальные доводы и положенія, а соображенія чисто практическаго свойства—въ зависимости отъ той цѣли, которую въ дѣйствительности преслѣдуетъ этотъ институтъ. Эта цѣль, однако, не получила достаточнаго освѣщенія въ предшествовавшихъ преніяхъ.

Такъ, напр., говорили о контролѣ. Но контроль можетъ осуществляться и другимъ путемъ. Далѣе, шеффенамъ приписывалась роль „экспертовъ“,—знатоковъ мѣстнаго (обычнаго) права. Дѣйствительно, въ исторіи шеффены исполняли эту функцію, но въ настоящее время она потеряла свое значеніе. Главная же цѣль введенія народнаго элемента въ мѣстный судъ есть облегченіе судьи. И если шеффены въ этомъ отношеніи безполезны, то едва ли можно ихъ отстаивать. Съ этой именно точки зрѣнія и долженъ быть поставленъ и рѣшенъ вопросъ о томъ, какая должна быть роль шеффеновъ: должны ли они рѣшать всѣ вопросы по дѣлу или же—лишь опредѣленные вопросы—о фактѣ и виновности? Очевидно, что шеффены едва ли въ состояніи содѣйствовать судьѣ въ примѣненіи уголовныхъ законовъ, особенно — принимая во вниманіе новое уголовное уложеніе, въ которомъ, благодаря своеобразному языку, трудно разбираться и спеціалисту. Для примѣра можно указать на понятія эвентуальнаго умысла, преступнаго безразличія и т. п.

Дѣятельность же присяжныхъ засѣдателей гораздо легче, чѣмъ шеффеновъ. Необходимо поэтому свести роль этихъ представителей къ роли присяжныхъ засѣдателей, иначе говоря—они должны рѣшать лишь вопросъ о виновности. Сказанное резюмируется слѣдующимъ краткимъ положеніемъ: участіе народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ въ высшей степени полезно

и желательно, но при условіи рѣшенія имъ лишь вопроса о виновности.

Докладчикъ М. П. Чубинскій въ своемъ отвѣтѣ оппонентамъ объяснилъ прежде всего, что его сообщеніе имѣло въ виду лишь тѣ возраженія противъ участія народнаго элемента и противъ обычнаго права, которыя раздавались на январьскомъ съѣздѣ русской группы. Возраженія же, высказанныя докладчикомъ І. В. Гессеномъ, а также В. М. Нечаевымъ въ сегодняшнемъ засѣданіи, частью представляются чрезвычайно вѣскими и серьезными. Однако, и они не могутъ поколебать убѣжденія оппонента въ необходимости и цѣлесообразности участія народнаго элемента въ формѣ шеффеновъ въ мѣстномъ судѣ. Сущность принципіальныхъ возраженій І. В. Гессена и В. М. Нечаева сводилась къ тому, что нельзя предоставить рѣшеніе правовыхъ вопросовъ людямъ, не обладающимъ профессіональной подготовкой, какъ нельзя довѣрить, напр., хирургическую операцію не спеціалисту-хирургу и т. п. Однако, въ противовѣсъ этой параллели, можно указать на область, которая еще недавно считалась столь же, если не болѣе еще, недоступной „профанамъ"—лицамъ безъ спеціальной подготовки: это—область педагогіи. И что же, однако, мы видимъ теперь?—Мы видимъ, какъ за родительскими комитетами постепенно признается право на контроль и участіе въ дѣятельности педагоговъ-спеціалистовъ. То же необходимо признать и въ области суда. Ибо судейская точка зрѣнія страдаетъ прямолинейностью, шеффены же заставятъ судью „прислушиваться къ голосу жизни" — какъ справедливо указалъ одинъ изъ говорившихъ сегодня. Это не значитъ, конечно, что шеффенамъ должно быть предоставлено право посягать на законъ—отнюдь нѣтъ. Дѣло, однако, въ томъ, что и въ рамкахъ закона можно достаточно широко двигаться, особенно же въ широкихъ рамкахъ нашего уголовнаго уложенія. В. М. Нечаевъ говоритъ, что „лабораторія выработки права" должна быть неизбѣжно чужда шеффену, какъ лицу, незнакомому ни съ закономъ, ни съ законодательной политикой. Однако, этотъ взглядъ и въ гражданскомъ правѣ, не говоря уже объ уголовномъ, раздѣляется теперь уже далеко не всѣми: существуетъ другое теченіе, которое смотритъ на „справедливость", какъ на смягченіе закона. Съ такой точки зрѣнія едва-ли возможно отрицать пользу и значеніе шеффеновъ. Эта польза, несомнѣнно, еще усилится, благодаря существованію обыч-

наго права. Между прочимъ, по поводу послѣдняго, В. М. Нечаевъ указывалъ на неправильность проведенной докладчикомъ параллели между обычнымъ правомъ и другими продуктами народнаго творчества—пѣснями, сказками и пр. Упрекъ оппонента, однако, не совсѣмъ справедливъ. Конечно, параллель эта сама по себѣ еще не можетъ служить доказательствомъ положительнаго значенія обычнаго права, но она является достаточнымъ отвѣтомъ на тѣ мнѣнія объ обычномъ правѣ, какія раздавались на январьскомъ съѣздѣ русской группы и которыя докладчикъ и имѣлъ въ виду въ своемъ сообщеніи. Такъ, напр., тамъ или отрицалось вообще существованіе обычнаго права, или же оно признавалось продуктомъ „худшихъ, пьяныхъ“ и т. п. элементовъ крестьянства, „консервирующимъ въ себѣ исключительно косность, отсталость“ и т. п. Спрашивается: почему же, однако, въ обычномъ правѣ хотятъ видѣть одни лишь плевелы? Или нужно признать, что продукты народной психики, народнаго творчества вообще лишены положительнаго значенія, или же—разъ мы признаемъ, наоборотъ, цѣнность этихъ продуктовъ, какъ, напр., народныя пѣсни, сказки и пр., то, очевидно, представляется непослѣдовательнымъ и одностороннимъ отрицать наличность такихъ положительныхъ элементовъ и въ обычномъ правѣ. Между прочимъ, самъ В. М. Нечаевъ, — убѣжденный противникъ обычнаго права — призналъ, однако, существованіе особаго, своеобразнаго колорита гражданско-правовыхъ сдѣлокъ въ обычномъ правѣ. Но вѣдь и это уже цѣнно, и съ этимъ необходимо считаться. Конечно, есть, несомнѣнно, въ обычномъ правѣ и „плевелы“, и отсталость и т. п. Ихъ, конечно, отстаивать не приходится, и ихъ остается лишь вырвать и уничтожить. Но въ то же время нужно отдѣлить отъ нихъ здоровые, жизненные элементы и дать имъ дальнѣйшее развитіе. Во всякомъ же случаѣ огульное отрицаніе обычнаго права, какое имѣло мѣсто на январьскомъ съѣздѣ, страдаетъ явной произвольностью и тенденціозностью.

Далѣе, здѣсь указывалось однимъ изъ оппонентовъ на непригодность и даже вредные результаты участія народнаго элемента спеціально въ области гражданскихъ дѣлъ. Но развѣ субсуммированіе фактическихъ отношеній подъ юридическія нормы есть работа исключительно юридическая? Вѣдь для того, чтобы „подвести“ подъ тѣ или иныя нормы „житейскія отношенія“, необходимо сперва установить эти послѣднія, а для

этой цѣли народный элементъ представляется наиболѣе подходящимъ.

Докладчикъ касается затѣмъ замѣчанія одного изъ оппонентовъ по поводу отсутствія у насъ анкетъ, опросовъ и т. п. объ институтѣ шеффеновъ. Замѣчаніе это покоится на недоразумѣніи, ибо вѣдь у насъ нѣтъ и никогда не было этого института, а слѣдовательно, нѣтъ и матеріала для анкетъ. Вѣдь когда нѣмцы въ 1876 году устраивали анкету о судѣ шеффеновъ, послѣдній имѣлъ за собою уже продолжительную практику; у насъ же ничего подобнаго нѣтъ и приходится поэтому волей-неволей или довольствоваться чужимъ опытомъ и теоретическими соображеніями или же отказаться вовсе отъ введенія этого института.

Докладчикъ, наконецъ, категорически отклоняетъ отъ себя несправедливый упрекъ въ сознательной или безсознательной „подмѣнѣ" суда присяжныхъ „другой формой" участія народнаго элемента въ судѣ — институтомъ шеффеновъ. Оппонентъ самъ печатно доказывалъ, что судъ шеффеновъ нельзя считать особой формой суда присяжныхъ и что послѣдній, т. е. судъ присяжныхъ, является несомнѣнно самой совершенной формой участія народнаго элемента. Однако, эта форма къ мѣстному суду непримѣнима вслѣдствіе чрезмѣрной обременительности для населенія. Вопросъ, слѣдовательно, стоитъ такъ: или — вовсе безъ народнаго элемента, или же — судъ шеффеновъ, при чемъ въ первомъ случаѣ мы получимъ цензоваго судью, быть можетъ, проникнутаго узко-сословной тенденціей. Таковъ будетъ выборный судья. Что же касается назначенныхъ судей, которые на окраинахъ призваны замѣнить судью выборнаго и на мѣстахъ также будутъ представлены въ немаломъ количествѣ, то эти судьи (въ большинствѣ, вѣроятно, бывшіе земскіе начальники) окажутся, конечно, судьями-чиновниками, „надѣвшими", по справедливому выраженію одного изъ оппонентовъ, „мундиръ министерства юстиціи на мундиръ министерства внутреннихъ дѣлъ". Такова дѣйствительная картина будущаго мѣстнаго суда, какимъ онъ намъ представляется по проекту, и говорить поэтому о возстановленіи у насъ „прежняго мирового института" — значитъ идеализировать эту картину. Правда, даже упомянутые цензовые судьи въ весьма многихъ случаяхъ будутъ функціонировать все же лучше волостныхъ судовъ; но при такихъ условіяхъ можно ли отрицать пользу и практи-

ческую необходимость смягченія этого суда, приближенія его къ духу и интересамъ народныхъ массъ, путемъ введенія въ него народнаго элемента въ формѣ шеффеновъ?

Докладчикъ I. В. Гессенъ, отвѣчая М. П. Чубинскому и П. И. Люблинскому, указываетъ на то, что задачей юридическаго общества является не „исправленіе“ отдѣльныхъ недостатковъ проекта, не практически-достижимыя тѣ или иныя мелкія улучшенія его, а принципіальное научное освѣщеніе вопроса. Съ этой единственно правильной точки зрѣнія долженъ быть разрѣшенъ и вопросъ о томъ, желательно или нежелательно участіе народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ — будетъ ли оно содѣйствовать или, наоборотъ, идти въ разрѣзъ съ идеей правосудія. Что же касается всякаго рода „практическихъ“ доводовъ и соображеній, то, просматривая думскіе стенографическіе отчеты съ преніями о мѣстномъ судѣ, докладчикъ былъ пораженъ той безпомощностью, съ которой члены гос. думы барахтаются въ массѣ этихъ доводовъ, не будучи въ состояніи выбраться изъ этой „тины“ и все увязая въ ней глубже и умножая толщу этихъ „доводовъ“, обросшихъ, какъ кора, вокругъ сущности вопроса. При такихъ условіяхъ единственно правильной точкой зрѣнія представилось докладчику — и ее онъ и пытался посильно провести въ своемъ докладѣ — подняться на извѣстную принципіальную высоту и съ этой высоты оцѣнить не ближайшее практическое, а болѣе глубокое и длительное значеніе участія народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ. При такомъ отношеніи къ вопросу докладчикъ могъ сомнѣваться въ томъ, призванъ ли онъ къ такой задачѣ и, естественно, могъ ожидать съ этой стороны возраженій и упрековъ, быть можетъ и вполнѣ заслуженныхъ. Вмѣсто этого, однако, профессора М. П. Чубинскій и П. И. Люблинскій стали на ту же „практическую“ точку зрѣнія, объявивъ принципіальныя соображенія „багажемъ“. Такого отношенія къ вопросу докладчикъ менѣе всего ожидалъ со стороны представителей науки.

Не подлежитъ сомнѣнію, что если бы творцы нашихъ судебныхъ уставовъ стояли на точкѣ зрѣнія ближайшихъ практическихъ соображеній, опасеній и т. п., то мы никогда бы не увидѣли этихъ уставовъ. Созданіе этого великаго памятника стало возможнымъ лишь благодаря тому, что творцы его съумѣли эмансипироваться отъ упомянутой точки зрѣнія и подняться смѣло на должную принципіальную высоту. Въ основу своей

реформы они положили именно теоретическія положенія и принципы, и безъ послѣднихъ реформа эта была бы невозможна. И нельзя поэтому не согласиться съ М. П. Чубинскимъ, что для того, чтобы теперь ввести у насъ судъ шеффеновъ, „не нужно даже и смѣлости": наоборотъ — нужна величайшая трусость.

Докладчикъ, далѣе, благодаритъ В. М. Нечаева за указанія и дополненія, констатируя въ основныхъ пунктахъ совпаденіе взглядовъ В. М. Нечаева съ исходными положеніями. доклада.

Что касается, далѣе, обычнаго права, то этотъ весьма важный вопросъ, затронутый М. П. Чубинскимъ, дѣйствительно стоитъ камнемъ преткновенія на пути реформы мѣстнаго суда. Однако, послѣ блестящихъ и выдающихся статей Л. І. Петражицкаго „Объ обычномъ правѣ", напечатанныхъ нѣсколько лѣтъ тому назадъ въ „Правѣ", едва ли возможно еще отстаивать обычное право и отрицать его отсталость и косность.

Въ заключеніе докладчикъ считаетъ необходимымъ разъяснить одно недоразумѣніе, давшее поводъ къ возраженіямъ противъ него не только со стороны сторонниковъ, но и со стороны противниковъ шеффеновскаго института. Основныя положенія его доклада ни въ какой мѣрѣ не направлены противъ суда присяжныхъ, какъ формы участія народнаго элемента въ судѣ. Судъ присяжныхъ, составляя самостоятельную, независимую отъ коронныхъ судей, коллегію съ строго опредѣленной компетенціей, отнюдь не противорѣчитъ (какъ это оговорено и въ докладѣ) принципамъ правосудія и законности, а, напротивъ, лишь содѣйствуетъ болѣе полному ихъ осуществленію.

Послѣ І. В. Гессена слово предоставлено было *П. И Люблинскому*, который въ краткой репликѣ по адресу І. В. Гессена указалъ, что, говоря о „научномъ багажѣ", онъ хотѣлъ лишь обратить вниманіе на то, что въ данномъ вопросѣ теоретическія и принципіальныя соображенія не будутъ способствовать практическому его разрѣшенію въ настоящій моментъ, когда вопросъ находится уже на обсужденіи гос. думы. Что же касается самой задачи оказанія возможнаго содѣйствія гос. думѣ въ практическомъ разрѣшеніи настоящаго вопроса, то онъ считаетъ ее чрезвычайно важной и въ ней видитъ главную цѣль экстренно созваннаго собранія.

По окончаніи преній *предсѣдателемъ В. Д. Набоковымъ*

предложено было приступить къ голосованію резолюціи. Послѣ того, какъ большинствомъ всѣхъ присутствовавшихъ членовъ юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ противъ трехъ была принята поправка Я. Г. Фрумкина о предоставленіи разсмотрѣнія гражданскихъ дѣлъ исключительно профессіонально-образованнымъ юристамъ, была поставлена на голосованіе и принята въ окончательной формѣ большинствомъ 22 голосовъ противъ 4-хъ слѣдующая резолюція:

„Общее собраніе юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ, признавая, что разсмотрѣніе гражданскихъ дѣлъ должно быть предоставлено исключительно профессіонально-образованнымъ юристамъ, полагаетъ, что однимъ изъ необходимыхъ коррективовъ недостатковъ проектируемой организаціи единоличнаго мѣстнаго суда первой инстанціи является введеніе въ составъ этого суда при разсмотрѣніи наиболѣе важныхъ уголовныхъ дѣлъ представителей мѣстнаго населенія, участвующихъ въ количествѣ 4—6 человѣкъ въ отправленіи уголовнаго правосудія на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и присяжные засѣдатели".

По оглашеніи результатовъ голосованія, встрѣченныхъ аплодисментами, *предсѣдатель В. Д. Набоковъ* объявилъ соединенное засѣданіе юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ закрытымъ.

Опечатки, замѣченныя въ I томѣ.

Стр.	*Строка.*	*Напечатано:*	*Слѣдуетъ читать:*
22	16 снизу:	совершившихъ преступленіе не невмѣняемыхъ	совершившихъ преступленіе но невмѣняемыхъ
35	1 сверху:	коммисія Грона	комиссія Грота
39	1 сверху:	„современности“ или „несо-временности“	„своевременности“, или „не-своевременности“
358	1 снизу:	графъ Паленъ	графъ Панинъ справедливо указывая, что послѣдствіемъ будетъ ущербъ казнѣ отъ уменьшенія числа вымороч-ныхъ имуществъ.
359	6 снизу:	въ будущемъ	въ будущемъ предоставить ему
518	13 снизу:	судебной практикой	судебной защитой
521	11 сверху:	простые не поняли	крестьяне понимали

Сверхъ сего неправильно заверстаны стр. 347—349, а именно: отры-вокъ, начинающійся словами: „Онѣ, какъ мы видѣли“ на стр. 347 и заканчивающійся на стр. 348, строка 3 словами: „всѣ leges barbarorum выста-вляютъ принципъ“—долженъ быть перенесенъ на стр. 349, строку 2 послѣ словъ: „тѣмъ не менѣе и понынѣ“.

24956

Адресъ редакціи: Захарьевская 25, кв. 12

Складъ изданія въ Юридическомъ Книжномъ Складѣ „Право“
(СПБ. Владимірскій пр. 19)